

THÈSE DE
PARIS.
1883.
N^o. 92.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

ÉTUDE

SUR LE

SÉNATUS-CONSULTE MACÉDONIEN

DROIT FRANÇAIS

DE

LA VENTE A RÉMÉRÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

P. MOISSON

Avocat à la Cour d'appel.

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS SERA PRÉSENTÉ ET SOUTENU

Le mardi 19 Juin 1883, à midi.

PARIS

IMPRIMERIE DE LA SOCIÉTÉ DE TYPOGRAPHIE

NOIZETTE, DIRECTEUR

8, RUE CAMPAGNE-PREMIÈRE, 8

—
1883

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

ÉTUDE

SUR LE

SÉNATUS-CONSULTE MACÉDONIEN

DROIT FRANÇAIS

DE

LA VENTE A RÉMÉRÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

P. MOISSON

Avocat à la Cour d'appel.

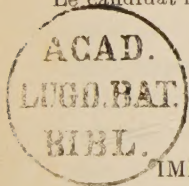
L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS SERA PRÉSENTÉ ET SOUTENU

Le mardi 19 Juin 1883, à midi.

Président : M. DUVERGER.

<i>Suffragants</i>	MM. DEMANTE.	} <i>Professeurs.</i>
	RENAULT.	
	LEFEBVRE.	} <i>Agrégés.</i>
	RIPERT.	

Le candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.



PARIS

IMPRIMERIE DE LA SOCIÉTÉ DE TYPOGRAPHIE

NOIZETTE, DIRECTEUR

8, RUE CAMPAGNE-PREMIÈRE, 8

—
1883

Digitized by the Internet Archive
in 2026

DROIT ROMAIN

ETUDE

SUR LE

SÉNATUS-CONSULTE MACÉDONIEN

CHAPITRE PREMIER

EXPOSITION HISTORIQUE. BUT GÉNÉRAL DU SÉNATUS-CONSULTE.

1. Le prêt à intérêts, malgré les limitations croissantes dont il avait été l'objet de la part des lois et du Préteur, était toujours resté, à Rome, aux mains des usuriers un instrument d'oppression violente pour les débiteurs; même maintenu dans les limites de l' *unciarum fœnus*, il offrait, à raison du taux élevé de l'intérêt permis, un véritable danger social. Le législateur impuissant à protéger les personnes qui empruntaient en pleine connaissance de cause et à un âge où leur capacité était entière, s'efforça de préserver contre le péril d'emprunts irréfléchis, celles qui bien que capables en droit, étaient par leur jeunesse particulièrement exposées aux suggestions des usuriers. C'est ainsi que les mineurs de vingt-cinq ans purent se défendre contre les exigences des prêteurs, soit par l'exception de la loi *Pletoria*, soit au moyen de la *restitutio in integrum*.

2. Ces moyens étaient suffisants pour garantir les emprunteurs mineurs, soit qu'ils fussent *sui juris*, soit qu'ils fussent en puissance. Mais passé l'âge de vingt-cinq ans la logique commandait de laisser aux fils de famille, en matière de prêt, la liberté qui leur appartenait, comme aux personnes *sui juris* de passer valablement tous les contrats et de s'obliger ainsi civilement : « Filius « familias ex omnibus causis tanquam paterfamilias obligatur et « ob id agi cum eo tanquam paterfamilias potest, » dit Gaius (loi 39, D., XLIV, 7). Et cette capacité est telle qu'il peut être débiteur de sommes d'argent : par exemple, à titre d'acheteur. Ses créanciers, à moins qu'il n'ait un pécule castrense ou quasi castrense, ou des biens adventices (sous les empereurs chrétiens), ne trouvent pas de patrimoine sur lequel ils puissent de suite exercer leurs droits, et ces droits n'ont d'efficacité que quand, par la mort du père de famille, le débiteur se trouve à la tête d'une certaine masse de biens.

3. — A cela il y avait peu d'inconvénients quant aux contrats passés d'une façon honnête entre des fils de famille et des tiers, un vendeur, par exemple, ne traitait avec une personne en puissance que si elle avait des biens suffisants pour répondre du paiement du prix.

4. — Mais en matière de prêt il en était bien différemment, les usuriers profitaient de ce que l'emprunteur en puissance était dénué de toute fortune présente pour lui imposer les conditions de remboursement les plus onéreuses : plus grands étaient ses besoins, plus effrénées ses dissipations, plus facilement aussi consentait-il aux clauses du prêt qui lui était proposé. Contraint par la nécessité il ne considérait que le présent sans songer que plus tard il lui faudrait rembourser le prêteur ; d'autre part pour obtenir facilement du crédit, il faisait souvent espérer au prêteur que le père de famille ne tarderait pas à mourir et que par suite il lui serait bientôt facile d'obtenir satisfaction. Le prêt une fois conclu, arrivait le moment où le créancier se présentait pour obtenir paiement : l'emprunteur, hors d'état de se libérer, harcelé par le prêteur (1) était obligé de se procurer coûte que coûte les sommes

1. Ces menées des créanciers nous sont attestées par Horace (Satire 2,

nécessaires pour le désintéresser sous peine d'être condamné sur l'action *judicati* et de se trouver à la merci du créancier qui pouvait le faire emprisonner (2). Pour se soustraire à de telles poursuites il paraît que certains fils de famille n'avaient pas hésité à porter atteinte aux jours de leur père. Cicéron défendant Roscius contre une accusation de parricide et dans son plaidoyer recherchant par quelles causes son client aurait pu être poussé à un tel crime, se demande « an luxuries igitur hominem nimirum et « æris alieni magnitudo et indomitæ animi cupiditates ad hoc « scelus impulerunt. » Cette façon de parler qui devait être presque textuellement reproduite par le sénatus-consulte Macédonien semble indiquer que de semblables forfaits avaient été commis par des dissipateurs obsédés par leurs prêteurs d'argent. De là chez

2, vers 12 et suiv.) qui nous retrace les agissements de Fufidius, célèbre usurier de son époque :

« Quanto perditior quisque est tanto acrius urget
« Nomina sectatur, modo sumpta veste virili
« Sub patribus duris tironum... »

2. On a contesté ce droit du créancier vis-à-vis du débiteur en puissance en affirmant que contre ce dernier l'action *judicati* n'était pas donnée parce qu'elle eût abouti, en autorisant le demandeur triomphant à incarcérer son débiteur, à soustraire celui-ci à la situation que créait à son égard la puissance paternelle. Or, dit-on, il est de principe à Rome que « facto filiorum « pejor conditio parentum fieri non potest » (*Sentences*, de Paul, III, 21, § 9) et que tout ce qui est acquis par le fils en puissance bénéficie au *paterfamilias*. On ne pouvait donc, ajoute-t-on, lui retirer un instrument d'acquisition. Cette théorie qui nous semble fondée sur une interprétation erronée du principe qu'elle invoque cadrerait bien mal avec les faits que le sénatus-consulte Macédonien vint empêcher : Comment concevoir qu'un fils de famille quelque pervers qu'il fût, donnât la mort à son père pour se libérer d'une dette, dont l'exécution forcée ne pouvait être réclamée contre lui ? Ajoutons que la loi 7, Codes, VII, 7 donne un démenti à l'opinion que nous combattons : Justinien y autorise le fils de famille à faire la « bonorum cessio » qu'il ait ou non des biens actuellement. Or à quoi bon lui permettre de faire cette cession de biens « in futurum, si ce n'est pour lui permettre d'en invoquer immédiatement le bénéfice ? Et comme celui-ci consiste principalement dans l'exemption de l'emprisonnement pour le débiteur qui a succombé dans l'action *judicati* nous en devons conclure qu'avant Justinien cette menace d'incarcération s'appliquait même aux personnes *alieni juris*, et que dès lors l'action *judicati* qui en était la source pouvait être intentée contre elles, sans que la puissance à laquelle elles étaient soumises pût y faire obstacle.

le législateur le désir de protéger les pères de famille contre le danger que nous venons de signaler. Pour réaliser ce but on devrait être amené à déclarer nuls les prêts faits à des personnes en puissance contre le gré du père. Le prêteur ne pouvant plus agir utilement contre son débiteur, celui-ci n'était plus contraint par la nécessité à chercher le moyen de rembourser la somme qu'il avait empruntée en attendant aux jours du père de famille. Ainsi l'objet des dispositions prohibitives que nous allons étudier est celui-ci : protéger le père de famille et punir les prêteurs dont les odieuses exigences mettaient sa vie en péril. — (V. Instit., L. IV, tit. 7, § 7.) Quant à la protection accordée au fils de famille emprunteur elle est certainement accessoire et ne lui est donnée que comme constituant le seul moyen d'atteindre le but principal que nous venons d'indiquer. Cette idée a d'importantes conséquences et nous verrons par la suite que la prohibition n'exclut pas l'existence à la charge du fils emprunteur d'une obligation naturelle dans la plus large acception du mot. Disons, d'ailleurs, comme nous aurons l'occasion de le montrer encore, que l'idée qui préside aux dispositions du sénatus-consulte ne devait pas avoir pour base des parricides aussi fréquents qu'on pourrait le croire, et que si l'application de cette disposition législative subsista pendant toute la durée du droit romain, c'est qu'on la jugea utile pour enlever aux fils de famille le crédit dont ils auraient pu faire un fort mauvais usage. Ainsi en fait le but principal du sénatus-consulte devint accessoire, tandis que son objet purement secondaire devint prédominant et en détermina seul le maintien.

5. — Après avoir ainsi défini l'objet que se proposent les mesures restrictives qui feront le sujet de cette étude, nous devons dire comment ces mesures furent établies par la législation romaine et quelle fut leur portée.

C'est sous le règne de Claude (an de Rome 800, 47 après J.-C.) qu'apparaît la première disposition réprimant les prêts consentis à des fils de famille. C'est ce que nous dit Tacite (*Annales*, liv. XI, chap. xii) : « *Lege latâ (Claudius) sævitiam creditorum « cœrcuit ne in mortem parentum pecunias filiis familiarum fœnore darent.* » Ce passage exige une rapide explication. La *lex lata* dont parle Tacite ne désigne pas une loi, car dès longtemps

les comices avaient cessé de fonctionner d'une manière normale et effective et les plébiscites n'étaient plus une source vivante du droit. Il s'agit bien certainement ici d'un sénatus-consulte. L'auteur nous montre de plus que cette décision du Sénat n'eut pas un caractère général et absolu. D'après notre texte, elle ne vise que les prêts faits avec cette clause que l'emprunteur devrait rembourser à la mort de son père de famille. Ces sortes de prêts devaient en effet être plus que tous les autres suspects au législateur. La clause en question montrait jusqu'à l'évidence que l'emprunteur actuellement sans biens ne pouvait se libérer qu'en acquérant l'héritage paternel. Or, le terme convenu pouvait sembler trop éloigné au créancier et par ses manœuvres criminelles on pouvait craindre qu'il ne déterminât le fils de famille à en hâter l'accomplissement. Au plus haut degré, un tel prêt contenait donc de la part du débiteur un *votum mortis* et voilà pourquoi il fut le premier prohibé. Mais on ne s'en tint pas aux apparences, et pour réaliser le but poursuivi, on frappa tous prêts faits à un fils de famille dépourvu de biens personnels, car au fond, tous présentaient le même caractère, le fils se servant comme d'un moyen de crédit de l'éventualité qui lui était réservée de succéder à son père.

6. — Aussi Vespasien jugea-t-il bon d'étendre la prohibition du sénatus-consulte de Claude et d'en faire une disposition générale; il fit décider par le Sénat que ceux qui prêteraient de l'argent à des fils en puissance seraient privés à n'importe quelle époque du droit d'agir en remboursement, et cela même après la mort du père de famille. Telles sont les expressions dont se sert Suétone et qui montrent bien la portée absolue du sénatus-consulte. (V. Suétone : Vespasien, chap. xi).

7. — Tel est, pensons-nous, l'enchaînement des deux sénatus-consultes, le second n'étant que l'extension du premier. Cette interprétation qui se fonde sur les termes employés par Tacite et Suétone en les conciliant d'une façon raisonnable et complète, nous semble préférable à celle d'après laquelle le sénatus-consulte de Vespasien si absolu dans ses expressions n'aurait fait que renouveler celui de Claude tombé en désuétude à partir du règne de Néron. Dans cette doctrine on est obligé, pour concilier les deux textes, de corriger celui de Tacite et de donner à la décision qu'il rapporte une portée que ses termes sont loin de comporter

(sic Heinecc., *Antiquités romaines*, liv. IV, titre VII, § 7. Schulting-*Jurispr. Antejust*, p. 278). Nous repousserons également une opinion selon laquelle Suétone se serait trompé en attribuant à Vespasien un sénatus-consulte porté sous le règne de Claude. Une telle erreur serait peu concevable, car outre qu'il s'agit en l'espèce d'une disposition dont l'origine était relativement rapprochée de l'époque à laquelle vivait Suétone, cet auteur est ordinairement fort exact. Reste enfin l'opinion de Pierre Favre (*Semest.*, ch. xxv, p. 142), qui nous paraît plus ingénieuse que vraisemblable. D'après lui la conciliation des deux textes doit se faire en les rapprochant d'un autre passage de Suétone dans lequel il est dit que Vespasien fut consul sous Claude. C'est en cette qualité, dit Favre, que Vespasien aurait proposé le sénatus-consulte, usant ainsi du droit d'initiative accordé aux sénateurs et consuls, et dont Aulu Gelle fait mention (*Noct.*, att. IV, 10). Nous ne discuterons pas cette doctrine qui se fonde sur des expressions fort peu claires de Suétone et qui laisse entière la divergence des idées émises dans les textes qui nous occupent, sur la portée de la réforme introduite dans la capacité des fils de famille en matière de contrats.

8. — Le sénatus-consulte définitif se nomme *Sct. Macédonien*, et Ulpien nous donne à la fois le texte de cette disposition et la cause qui la fit ainsi nommer. (*Loi I*, pr. D., XIV, 6). Voici comment on traduit généralement cette loi : « Comme un nommé Macedo, entre autres crimes auxquels l'avait poussé sa perverse nature, avait pratiqué des prêts usuraires et avait fourni l'occasion de commettre des actes immoraux à ses emprunteurs en devenant leur créancier à raison de titres véreux (pour ne pas dire plus), on a voulu refuser toute action, toute revendication à ceux qui prêteraient à des fils de famille et cela même après qu'ils seraient sortis de puissance, et prévenir ainsi ceux qui se livreraient à une usure détestable que la mort du père de famille ne donnerait aucune efficacité à leurs créances. »

Tout d'abord constatons que si le *Sct.* porte le nom de *Macédo*, c'est par une exception à la règle selon laquelle toute loi ou sénatus-consulte prend le nom de la personne qui les a proposés. C'est généralement le nom d'un consul (*lex Cincia*, *Sct. Trebellianum*, *Silanianum*, etc.) ou d'un empereur (*Sct. Claudien*, *Néro-*

nien, etc.). Ici la qualification est empruntée à la personne à propos de laquelle la décision a été rendue. Ce mode de désignation se rencontre dans deux autres cas : Macrobe (Saturnales, liv. I, ch. iv), mentionne un Sct. Papirien d'après lequel il était désormais défendu aux enfants d'entrer à la curie avec leur père, il était fait exception pour le seul Papirius, de là son nom. Juvénal (satire II, v. 29 et s., 43 et s.) et Suétone (Vie de Domitien, ch. VIII) parlent aussi d'une lex Scantinia portée dans le but de punir certains attentats aux mœurs et qui tire son nom du crime commis par Caius Scantinius Capitolinus, tribun du peuple.

10. — Reste à savoir ce qu'était au juste Macédo. D'après la traduction que nous venons de donner du texte d'Ulpien, c'aurait été un usurier. Selon d'autres, ce nom désignerait un fils de famille parricide. La première version semble confirmée par les mots : *Qui pecuniam crederet* ; la seconde, qui nous semble préférable, se fonde sur une autre façon d'interpréter la loi 1, pr. Dans cette opinion les mots *res alienum adhibuisset* signifient que Macédo contractait des emprunts, et en faveur de cet argument on invoque la loi 213, § 1, D. L., 16, d'après laquelle les mots *res alienum* désignent une dette, non une créance ; or, cette loi émane d'Ulpien et montre bien quel sens il a, dans notre texte, prêté à l'expression dont il s'agit. Le reste de la phrase s'applique sans doute aux usuriers, mais cela ne prouve rien contre notre théorie. Voici en effet quelle est l'économie du texte : comme un certain Macédo avait été poussé à divers crimes soit par sa nature perverse, soit par l'effet des emprunts qu'il s'était fait consentir, et comme d'autre part les usuriers en prêtant *incertis nominibus* poussaient au mal des personnes déjà dépravées, etc. L'autorité de Théophile confirme cette traduction, mieux que les commentateurs du xvi^e siècle qui soutiennent l'opinion inverse ; il devait connaître la vérité sur le point qui nous occupe. (Voy. sa paraphrase sous le § 7, titre VII, liv. IV des Institutes de Justinien).

11. — Ce point éclairci, reste pour achever l'explication du texte à rechercher le sens de ces mots : *qui incertis nominibus crederet*. Plusieurs explications ont été données. D'après Ecker les *nomina incerta* seraient les écrits dans lesquels la cause véritable du prêt n'aurait pas été exprimée à raison de sa nature

immorale. Si on admettait cette manière de voir, il faudrait donc dire que le Sct. ne visait que les prêts constatés par un écrit ? Cela est invraisemblable. Mieux vaut avec Alciat et Budé attribuer à ces mots le sens suivant : « créances d'une moralité douteuse ».

Après avoir dit à quels dangers pare la prohibition du Sct. Macédonien nous étudierons successivement les actes qu'elle vise, les exceptions qu'elle comporte, sa mise en action et ses effets.

CHAPITRE II.

ÉTENDUE DE LA PROHIBITION DU SÉNATUS-CONSULTE.

SECTION 1^{re} — A QUELS ACTES ELLE S'APPLIQUE.

12. — La portée de notre prohibition est nettement déterminée par Ulpien dans la loi 3, § 3, D., XIV, 6 : « Is solus Sctum offendit » qui mutuam pecuniam filio familias dedit non qui alias contraxit... « nam pecuniæ datio perniciofa parentibus visa est. » Ce qui est défendu c'est donc le prêt et le prêt d'une *pecunia* et le prêteur n'aura action ni contre son débiteur ni même de *peculio* contre le père de famille de celui-ci. Tout autre contrat reste permis au fils en puissance par application de la règle déjà citée de la loi 37. D. XLIV, 7 qu'il peut s'obliger par toutes causes comme s'il était *sui juris* : notre texte en fait l'application au cas où un fils de famille a été partie à une vente ou un louage. S'il a acheté un bien et que le vendeur ait stipulé de lui le remboursement du prix avec des intérêts, le Sct. n'a pas d'application ; l'action du stipulant aura en effet sa cause non dans un prêt, mais dans une vente. Sans doute ce sera une *condictio certi* comme l'action qui résulte d'un prêt, sans doute elle tendra à l'obtention d'une somme d'argent ; mais il faut alors appliquer cette règle de la loi 3, Cod. L IV, t. 28 : « Origo potius obligationis quam titulus actionis considerandus est. »

13. — Cette règle est mise en pratique pour le cas qui nous occupe par notre loi 3, § 3, D. (1) : « C'est pourquoi, dit-elle, si

1. Dorénavant quand nous parlerons d'un texte contenu dans le livre XIV,

étant créancier d'un fils de famille à raison d'une vente ou de tout autre contrat non formé par une dation d'espèces, j'ai stipulé de lui la somme qu'il me doit, bien qu'il tienne depuis ce moment les deniers à titre de *mutua pecunia*; comme ma créance ne concourt pas avec une numération de deniers le Sct. n'est pas applicable. »

Que signifient les mots « licet coeperit esse mutua pecunia? » Le plus vraisemblablement il faut attribuer au mot *mutua* le sens de *credita* en donnant à ce dernier terme le sens large que lui assigne Celse: « Credendi generalis appellatio est, omnes enim con-
« tractus complectitur. » La pensée d'Ulpien serait donc celle-ci: Le Sct. n'aura pas d'application bien que la créance résultant de la vente soit changée en une créance spéciale de somme d'argent, parce qu'il n'y a pas eu numération d'espèces faite au débiteur.

D'après quelques auteurs il faudrait interpréter autrement le sens des mots qui nous occupent: Ulpien supposerait qu'entre les contractants est intervenue une tradition fictive *brevi manu* et qu'ils ont voulu que le prix de la vente fût censé payé au vendeur et qu'après cette extinction de son obligation *ex empto* le fils de famille reçût de nouveau la somme dont il s'est dessaisi pour la tenir à titre de *mutuum*. Cette seconde version concorde mal avec les mots « quia numeratio pecuniæ non concurrat », mots qui n'auraient aucun sens si par l'effet d'une tradition feinte, un versement avait eu lieu en droit. — Le second système conduirait du reste à cette conséquence singulière que toute dette d'argent à la charge d'un fils de famille pourrait être paralysée par l'effet du Sct., le débiteur n'ayant pour cela qu'à promettre la somme à son créancier et contre son action *ex stipulatu* à invoquer le bénéfice d'une tradition *brevi manu* qu'il prétendrait être intervenue. D'ailleurs toute la doctrine que nous combattons est en contradiction avec la règle de la loi 3, C, et cela seul doit suffire à la faire rejeter.

14. — Le Sct. n'interdit donc que le prêt. Mais sa prohibition s'applique-t-elle à tout prêt sans distinction? Non, comme le dit

titre VI, du Digeste ou le livre IV, titre XXVIII, des Codes, nous négligerons l'indication du livre, et nous ferons suivre seulement la désignation de la loi et du paragraphe de la lettre D ou C selon les cas.

Ulpien dans la loi 7, § 3, ainsi conçue : « Doit-on comprendre dans l'acception des mots *mutui datio* dont se sert le Sct. outre le prêt d'argent, le prêt de toutes choses qui peuvent faire l'objet de ce contrat ? Pour nous le Sct. se réfère uniquement au premier, car il emploie l'expression d'argent prêté ». Cet argument serait insuffisant car le mot *pecunia* pris dans un sens large s'applique, d'après Ulpien lui-même (lois 178 et 222, D. L, 16), à tous les objets qui sont dans le commerce : meubles ou immeubles, biens corporels ou incorporels. — Mais la solution donnée est trop équitable et trop conforme à l'objet du Sct. pour n'être pas admise. Les prêts de denrées qui s'apprécient au compte, au poids ou à la mesure ont en effet pour motif un désir de spéculation licite ; celui qui les contracte n'a généralement pour intention que d'en appliquer l'objet à une opération commerciale ou agricole.

Les fils de famille débauchés qui cherchent dans l'emprunt un moyen de se procurer les sommes nécessaires pour satisfaire leurs passions, se font donner directement de l'argent et n'empruntent pas des denrées dont la réalisation générerait leur impatience et qu'ils vendraient toujours à vil prix. Pour des raisons analogues, Julien déclare valable l'engagement pris par un fils de famille qui se porte *ex promissor* pour un emprunteur (loi 13, D.). En effet, dit-il, il n'a pas reçu d'argent pour s'obliger. Mais ce motif même nous avertit que le fils de famille qui a ainsi nové pourra repousser l'action *ex stipulatu* intentée contre lui s'il prouve que sa promesse a eu pour cause une réception de deniers : tel est le cas où Primus, voulant prêter une somme à Tertius qui est en puissance et échapper au Sct., prête 100 à Secundus en convenant que cette somme sera restituée à Tertius, moyennant quoi celui-ci se portera *ex promissor* de façon que l'obligation de restituer à laquelle est soumis Secundus se trouve éteinte par novation et transportée sur la tête de Tertius. Celui-ci pourra exciper de la prohibition du Sct. car il y aura eu selon les termes de la loi 3, § 3, D. *Fraus Scto excogitata*.

15. — Ainsi, en principe, pour que le Sct. s'applique il faut qu'il y ait eu numération d'argent faite au fils de famille, et nous verrons que cette condition est suffisante. Mais, dans les hypothèses où l'obligation contractée par le fils de famille peut paraître permise, il faut réserver les cas de fraude qui peuvent rendre applicable

le sénatus-consulte. Nous venons d'en donner un exemple il y a un moment. Les textes nous en signalent d'autres :

1° (Loi 7, § 3, D.) Un prêt de denrées a été fait à un fils de famille dans le but évident de lui permettre de les revendre et de dissiper le produit de cette réalisation.

2° (Loi 3 §, 3.) Une personne vend une chose à un fils en puissance afin que celui-ci la revende et bénéficie en réalité du prix.

16. — 3° La loi 7, pr. D. dit encore : « Si un fils de famille se porte fidéjusseur, Nératius est d'avis que le Sct. ne s'appliquera pas, tel est aussi le dire de Celse ». C'est qu'en effet, cautionner un emprunteur en se portant fidéjusseur, ce n'est pas contracter de même, en ce sens que la caution s'oblige bien accessoirement à un prêt, mais sans bénéficier de la réception de deniers qui a fait naître l'obligation du débiteur principal. Sans doute le fils de famille pourra bien se voir actionner en restitution de la somme prêtée, mais comme ce n'est pas lui qui l'a reçue, ce n'est pas son accession à l'opération qui entraînerait les dangers que le Sct. veut prévenir ; son engagement est donc pleinement valable. En principe au moins, car la suite du texte apporte une exception : « Mais Julien ajoute que si en réalité c'est au fils de famille que doit profiter l'argent prêté, et s'il n'a rempli qu'en apparence le rôle de fidéjusseur et a faussement présenté un tiers comme étant le véritable intéressé, cette fraude au Sct. infirmera l'opération et l'exception sera donnée tant au fils de famille qu'à l'emprunteur apparent, car la protection donnée au premier doit profiter à l'autre qui n'est en somme que son fidéjusseur. » La simulation visée par notre loi 7 n'a pas besoin d'être expliquée, elle se conçoit aisément : le fils qui veut se procurer de l'argent, met en avant un homme de paille derrière lequel il se dissimule en se portant fidéjusseur ; son compère devant lui remettre les fonds que lui-même doit recevoir du prêteur et exécuter ainsi un mandat que le véritable emprunteur lui a donné. Cette ruse ne prévaut pas contre le Sct. ; chacune des parties au contrat est traitée selon son rôle véritable et par conséquent le tiers complaisant bénéficie de la disposition du Sct. puisqu'il est en fait un débiteur accessoire et que, comme nous le verrons plus tard (n° 93), le moyen tiré du Sct. est une exception *rei cohærens*. Le § 1 de notre loi 7

donne une solution analogue pour un cas du même genre. « Julien dit la même chose pour l'hypothèse où je reçois comme codébiteurs corréaux un fils de famille et Titius, le premier étant lié comme correus et non comme fidéjusseur, pour éviter qu'il puisse se prévaloir contre moi du Sct.; ma fraude sera déjouée par l'attribution aux deux copromettants d'une exception efficace. »

Cette décision était, on le voit, le complément indispensable de la précédente, sans elle celle-ci aurait pu être facilement éludée.

17. — 4° Il peut se faire qu'un fils de famille emprunte de l'argent et qu'ensuite, le prêteur craignant de se voir opposer le Sct. Macédonien, stipule de son débiteur la somme prêtée, de telle sorte que la numération étant considérée comme une simple cause de la stipulation, celle-ci forme le seul contrat intervenu; c'est donc par l'action *ex stipulatu* que le fils débiteur devra être poursuivi. Par ce moyen on évite les apparences suspectes, la stipulation étant par elle-même une opération complète et valable. On peut aussi supposer que le prêteur a porté sur ses livres à l'*acceptum* la somme par lui versée et qu'il l'a ensuite inscrite à l'*expensum*: en vertu de ce procédé il agit contre l'emprunteur non plus *ex mutuo* mais à raison d'un contrat *litteris*. Ces procédés prévaudront-ils contre le Sct.? Non, certainement. Sans doute si la stipulation d'une somme ou l'*expensilatio* n'avaient pas leur raison d'être dans une numération d'espèces faite au débiteur en puissance, celui-ci serait obligé valablement, mais ici il en est tout autrement, et c'est le cas d'appliquer la loi 3, C, en recherchant ce qu'est l'opération, non ce qu'elle paraît être. Que l'action ne soit pas qualifiée de *condictio ex mutuo*, peu importe: comme le dit la loi 4, D. « En disant qu'il est interdit de prêter à une personne en puissance, on veut dire que le prêt consiste dans la numération d'espèces et qu'il n'est pas réputé intervenir lors de la stipulation. » Ce texte suppose (v. loi 3, § ult.) qu'un fils de famille promet de restituer une somme qui lui est versée à l'époque où il est devenu *sui juris*; Scévola dit qu'alors il ne peut se prévaloir du Sct.: ce qui forme le prêt c'est la dation, non les paroles prononcées. D'où nous déduisons cette règle: toutes les fois qu'il y a eu numération d'espèces au bénéfice d'un fils de famille celui-ci est, au point de vue de l'application du Sct., traité

comme un emprunteur, quand même cette numération serait cachée sous l'apparence d'une stipulation ou d'une *expensilatio*.

18. — D'ailleurs la stipulation qui précède ou suit la numération des espèces n'a pas été faite dans un but novatoire, et le prêteur ne saurait s'appuyer sur le fait d'une prétendue novation pour repousser le moyen invoqué contre lui par le fils de famille.

Cela résulte clairement de la loi 7, D. XLVI, 2. dans laquelle Pomponius s'exprime ainsi : « La stipulation d'une somme comptée auparavant n'opère pas novation de l'obligation formée par la numération d'espèces. Cette numération elle-même n'a pas engendré d'obligation, car l'intention des parties est qu'un seul contrat ait pris naissance (une stipulation) et la numération doit être considérée comme une façon d'accomplir le fait qui forme la cause de la promesse. » Sans doute cette stipulation vaut par elle-même, mais il faut qu'elle ait cependant une cause, sinon l'exception de dol ferait tomber l'action du demandeur. Paul donne une solution identique pour le cas où la stipulation précéderait la numération des deniers (loi 30, D. XII, 1.) « Qui pecuniam creditam accepturus spopondit creditori futuro in potestate habet ne accipiendo se ei obstringat. » Ce texte fait allusion bien certainement à l'hypothèse où, fort de la stipulation, le créancier n'ayant pas versé les fonds les réclamerait et serait repoussé par voie d'exception. Il montre donc une fois de plus que le défendeur pouvait prouver contre le demandeur le vice de la cause de son obligation. Si cette cause existe (les deniers ayant été reçus après ou avant la stipulation) il sera encore admis s'il était fils de famille lors de la dation, à démontrer qu'elle avait un caractère illicite en vertu du Sct. Macédonien.

19. — Mais quand même il serait admis que la stipulation intervenue avait un but novatoire, le prêteur n'en tirerait aucun avantage. En effet, le fils de famille actionné *ex stipulatu* peut exiger de lui la preuve que cette stipulation a réellement nové, c'est-à-dire s'est substituée à un contrat antérieur valable. Dans notre hypothèse le demandeur, ou bien réussirait à prouver qu'il y a eu numération des espèces et démontrerait ainsi qu'il ne peut agir sans enfreindre le sénatus-consulte Macédonien ou bien ne pourrait justifier de cette tradition, et alors la stipulation ne vaudrait pas, la novation n'ayant pu s'effectuer faute d'objet ; et sa demande serait également repoussée.

20. — Etant donné que la stipulation d'une somme prêtée ne nove pas, on peut se demander à quoi elle pouvait servir, et la question n'est pas sans intérêt ; l'adjonction de cette stipulation à un prêt étant très fréquente à Rome. Voici quel était l'usage de ce procédé : un prêteur qui agit en remboursement *ex mutuo* doit prouver qu'il a fait la *datio* des espèces, c'est-à-dire qu'il les a remises en propriété à son débiteur et que par conséquent il en était lui-même propriétaire. Agissant *ex stipulatu* il lui suffira de prouver qu'il y a eu stipulation, et, si le défendeur lui oppose l'exception *non numeratæ pecuniæ*, que celui-ci a reçu effectivement la somme : il conservera l'avantage d'être dispensé de justifier qu'il en était propriétaire.

21. — Cet avantage, du reste, ne pouvait donner au prêteur le moyen de tourner la prohibition du Sct. Macédonien. Nous l'avons démontré pour le cas où une numération d'espèces était réellement intervenue. Cela est également vrai dans le cas inverse. Si le défendeur était encore dans le délai pour invoquer l'exception *non numeratæ pecuniæ*, ou bien le demandeur ne fournissait pas la preuve de la dation, et le fils de famille triomphait sans même rester tenu d'une obligation naturelle, ou bien il justifiait de la dation, et par cela même il était exposé à l'effet de l'exception du Sct. soit sur l'action même si le fils de famille l'avait fait insérer dans la formule, soit au cas contraire sur l'action *judicati*. Que si le délai pendant lequel l'exception *non numeratæ pecuniæ* était périmé, le fils de famille triomphait néanmoins, car la dation étant réputée faite à son profit, il se trouvait dans le cas prévu par le Sct. et pouvait en tirer un moyen de défense péremptoire, dont l'emploi le laissait seulement frappé d'une obligation naturelle.

22. — En résumé, dans toutes les hypothèses analogues à celle que nous venons d'indiquer, le Sct. Macédonien s'appliquera par le seul fait qu'il y a emprunt, quelle que soit d'ailleurs la qualification attribuée au moyen que le créancier emploie pour exiger la restitution des sommes qu'il a fournies au fils de famille.

23. — La prohibition du sénatus-consulte s'applique à tout prêt d'argent gratuit ou intéressé. Ses termes sont en effet aussi généraux que possible « ne cui qui filiofamilias mutuam pecuniam » *dedisset actio petitio ve daretur.* » Aussi Ulpien (loi 7. § 9. D.) décide que « l'argent ayant été prêté avec ou sans intérêts, le sé-

natus consulte s'appliquera sans faire de distinction. » Cette solution se justifie facilement : le Sct. veut éviter qu'aucune prestation d'argent puisse être faite aux personnes en puissance, afin d'empêcher par là même que celles-ci spéculent sur les bénéfices que pourrait leur rapporter la mort du père de famille et que, poussés par un créancier à qui il a fait espérer son remboursement, un fils de famille ne soit amené à commettre un attentat contre la vie de son père. Le Sct. contient bien une disposition portée contre les usuriers, *fœneratores*, mais ce mot qui est employé par la loi 1, pr. ne doit pas être pris dans son sens strict car tout prêteur d'argent, qu'il ait ou non stipulé des intérêts, peut après avoir triomphé dans son action originale puis dans l'action *judicati*, menacer l'emprunteur d'emprisonnement et le déterminer au crime que le Sct. veut empêcher.

24. — Enfin, pour que le Sct. puisse être invoqué, il doit s'agir d'un prêt valable. S'il est nul en effet, l'emprunteur pourra de cette nullité tirer une défense au fond dont l'efficacité sera absolue (1). *Quid* des prêts valables en droit, mais à raison desquels il y a lieu à une exception autre que celle du Sct. Macédonien ? Les deux concourront ; mais il se peut que l'une soit beaucoup plus avantageuse que l'autre. Tel est le cas où le fils de famille emprunteur pourrait opposer une exception de dol ou l'exception *non numeratæ pecuniæ* (V. n° 20). Ces exceptions étant fondées sur l'équité aboutiraient à faire repousser l'action du prêteur comme le ferait l'exception du Sct., mais de plus elles ne laisseraient subsister à la charge du défendeur aucune obligation

1. A propos des prêts nuls auxquels le Sct. ne s'applique pas, il faut examiner un texte intéressant de notre titre : la loi 3, § 2 *in fine D.* Il est ainsi conçu : « Julien dit encore au livre XII de son Digeste que si le prêteur est un fils de famille, il n'y aura pas lieu au Sct., parce que, eût-il même la libre administration de son pécule, le contrat sera nul, car le père de famille ne lui a pas concédé un pécule pour le diminuer. Aussi la revendication des deniers versés au fils emprunteur sera ouverte au père du fils de famille qui a fait la dation. » Cette solution semble en contradiction avec cette décision de la loi 41, § 1, D., VI, 1 : « Si un fils ou un esclave me vend et me livre un fonds compris dans le pécule dont il a la libre administration, je pourrai, si j'en suis dépossédé, le revendiquer avec succès. » Ce droit de revendication suppose que le vendeur en puissance a pu conférer à l'acheteur la propriété du bien. On aurait donc pu croire que les aliénations à titre onéreux faites

naturelle, tandis qu'il y en aurait une contre lui s'il invoquait uniquement le moyen tiré du Sct. Nous verrons plus tard les conséquences de cette idée : disons de suite que la principale consisterait, en cas de paiement fait au prêteur, à l'affranchir dans la seconde hypothèse de la *condictio indebiti* qui, dans la première, aurait pu réussir contre lui.

SECTION II. — APPLICATION DU SÉNATUS-CONSULTE QUANT AUX
PERSONNES

25. — Après avoir étudié quel est l'acte réprouvé par le Sct. nous devons rechercher quelles sont les personnes qui y doivent figurer pour qu'il tombe sous le coup de la prohibition. Examinons successivement à qui le Sct. défend de prêter : à qui il défend d'emprunter.

26. — § 1^{er}. — *A quelles personnes il est défendu de prêter aux fils en puissance.*

Relativement à la personne du prêteur, la prohibition est absolue, le texte du Sct. (*ne quis det*) ne fait aucune distinction. Ses expressions comprennent tout prêteur, quelle que soit sa condition. Peu importe donc que ce soit un particulier ou une personne morale telle qu'une cité ou le fisc. C'est ce que dit Marcien dans la loi 15, D., et il attribue cette solution à un rescrit de Sévère et d'Antonin Caracalla. Ces empereurs apportèrent ainsi une dérogation évidente à ce principe général que les cités jouissent quant

par le libre administrateur d'un pécule profectice liaient le concédant, et telle fut en effet l'opinion défendue par plusieurs jurisconsultes, cela ressort de la loi 1, § 1, D., XX, 3. Mais dans ce texte, Marcien se rallie à l'opinion de Julien en ce qui concerne certains actes à titre onéreux faits par un fils libre administrateur de son pécule. « S'il a, dit-il, donné hypothèque sur un bien du pécule pour sûreté de la dette d'autrui, cette garantie est nulle; car avoir la libre administration d'un pécule, ce n'est pas avoir un droit absolu sur les biens qui le composent; c'est une question de fait de savoir quels droits confère ce pouvoir ». Combiné avec notre loi 3, § 2, ce texte montre que la doctrine la plus généralement admise apportait dans notre espèce de graves limitations au droit du concessionnaire de pécule; peut-être peut-on dire qu'en matière d'actes permis, son pouvoir ne s'appliquait qu'à ceux passés par contrats synallagmatiques, ceux-ci conférant au fils de famille un droit nouveau en compensation de celui dont il faisait abandon.

aux contrats passés par leurs représentants des mêmes avantages que les pupilles et les mineurs de vingt-cinq ans. Or nous verrons plus tard (n° 66) que ces derniers peuvent, quand ils ont prêté à un fils de famille, agir contre lui *in solidum* et contre le père de *peculio*.

27. — § 2. — *A quelles personnes le sénatus-consulte interdit d'emprunter.*

La loi 1, pr., nous l'a déjà dit : aux fils de famille. Voyons donc dans quels cas on pourra dire que le prêt a été fait à un fils de famille.

Tout d'abord remarquons que ce terme comprend, d'après la loi 4, D., toute personne soumise à la *patria potestas*. Il s'applique donc non pas seulement aux fils dans le sens strict du mot, mais aux filles, aux petits-fils et petites-filles *ex filio*, etc. C'est ce qui résulte expressément pour les filles de la loi 9, § 2, dont la rédaction peut sembler assez ambiguë : « Le Sct., dit-elle, vise aussi les filles de famille et leur sera appliqué quand même il serait établi qu'avec l'argent emprunté elles ont acquis des objets de parure ; car à celui qui prête à un fils de famille l'action est aussi refusée sans aucune distinction et peu importe que les deniers aient été consommés ou qu'ils soient encore dans son pécule. » Et Ulpien ajoute : « Multo igitur magis severitate Scti ejus con-
« tractus improbabitur qui filiæ familias mutuo dedit. » A traduire ces mots littéralement, leur sens serait celui-ci : le sénatus-consulte réproouve avec beaucoup plus de sévérité le prêt fait à une fille que le prêt fait à un fils. Et en se reportant à la première phrase du texte on serait tenté de voir la différence dans ce fait que dans le premier cas le créancier ne pourrait pas même revendiquer contre la fille de famille les deniers prêtés jusqu'à concurrence de ce dont elle s'est enrichie, tandis que dans le second cas il aurait contre le fils non l'action *ex mutuo*, mais l'action réelle en revendication des sommes non consommées. Le texte en effet ne refuse au prêteur contre le fils de famille qui n'a pas consommé les deniers, que *l'actio* (c'est-à-dire l'action personnelle résultant du *mutuum*) et non pas la *petitio*, c'est-à-dire, l'action réelle en revendication. Cette interprétation ne saurait être admise si l'on traduit notre texte en tenant compte du style dans lequel il est écrit et de la vraisemblance juridique.

Les mots *multo igitur magis*, etc., signifient ici : « Bien plus vraisemblablement la prohibition du Sct. frappera le prêt fait à une fille. » Ils font sans doute allusion à une controverse qui avait été agitée sur le point de savoir si, dans la teneur du Sct. l'expression *filius familias* devait être prise dans son sens étroit. Cette manière de voir est d'autant plus vraisemblable que le commencement de notre texte peut s'expliquer d'une manière autre que celle que nous venons d'indiquer. D'après nous, voici quel est l'enchaînement et la portée des propositions contenues dans la loi 9, § 2 : Le Sct. s'applique aux prêts faits aux filles : que si on prétend que la somme a été employée pour acquérir des objets qui en sont la représentation aux mains de l'emprunteuse, le prêteur n'aura néanmoins aucune action, le Sct. en effet est absolu dans sa prohibition, il dénie l'action, soit que le débiteur ait dissipé la somme, soit qu'il s'en soit enrichi ; si on l'applique aux filles de famille, ce doit être avec la portée qu'il a vis-à-vis des fils ; donc, pour le créancier, ni *condictio ex mutuo*, ni *condictio sine causa*, ni revendication. Cette seconde explication qui aujourd'hui n'est guère contestée, a le mérite de ne pas établir entre la condition du fils et de la fille qui empruntent une différence de tout point injustifiable.

28. — Nous avons dit encore que le sénatus-consulte visait les prêts faits aux *nepotes neptesque* en puissance. Cela est dit expressément dans la loi 6, C. IV, 28, qui s'exprime ainsi : « Bien que le Sct. ne fasse mention que du fils de famille, il couvre également tous les descendants *alieni juris* à quelque degré que ce soit. Les mêmes raisons existent de défendre les prêts faits à toutes les personnes en puissance, quel que soit leur sexe ; les termes mêmes du Sct. favorisent cette manière de voir, il est dit que le prêteur sera privé d'action « *etiam post mortem parentis ejus ejus in potestate fuisset.* » Or le mot *parens* a une compréhension plus grande que celle du mot *pater*. Cette compréhension a été également marquée aux Institutes IV, 7. § 7.

Une raison assez sérieuse pouvait cependant être invoquée par l'opinion contraire : quand une personne en puissance est séparée du père de famille par d'autres ascendants, le *votum mortis* contenu dans le prêt qu'elle réalise ne saurait guère présenter pour ceux-ci ni pour le *pater familias* de danger sérieux ; bien

rarement, en effet, on aurait vu l'emprunteur attenter aux jours de son père et de son aïeul; or ce meurtre multiple lui eût été nécessaire pour atteindre son but, c'est-à-dire pour acquérir des biens en hâtant le moment où il devait succéder au patrimoine de famille (1).

29. — Cependant lorsqu'un prêt est fait à un petit-fils en puissance, une complication peut se présenter, dont Julien nous donne à la fois, dans la loi 14, D., l'exposé et la solution : « J'ai un fils et de lui un petit-fils, celui-ci a emprunté sur l'ordre de son père; on se demande si le contrat ainsi passé tombe sous le coup du Sct. ? J'ai répondu affirmativement, car ce texte vise tous les descendants en puissance. Que ce petit-fils ait eu l'assentiment de son père, cela ne paralyse pas la prohibition du Sct., car ce père n'aurait pu lui-même emprunter valablement sans l'assentiment de son propre père. » Dans l'espèce, le doute venait de ce que (V. n° 69) lorsqu'un fils emprunte avec le consentement de son père (celui-ci étant supposé *pater familias*), le prêt est de tout point valable. On pouvait donc se demander si le consentement donné au fils par son père lui-même en puissance n'était pas suffisant pour valider le prêt. Avec une grande raison, Julien répond négativement : c'est d'abord qu'il faut appliquer ici le grand principe « *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet* ». Le père n'aurait pu emprunter, il ne peut conférer à son fils le droit qui lui manque. Et si même son *jussus* était efficace, on voit facilement qu'il y aurait un moyen bien simple de tourner le Sct. : un fils en puissance emprunterait en réalité en faisant compter la somme par le prêteur à son propre fils et sur son ordre.

30. — Pour que le prêt soit nul, il suffit qu'au moment où il a eu lieu l'emprunteur ait été fils de famille. Peu importe donc qu'au paravant il ait été *sui juris* et qu'il le redeviennne ou le devienne plus tard, peu importe également la manière de laquelle il sort de puissance, que ce soit ou non par la mort du père de famille. Ulpien applique cette règle à l'hypothèse suivante : « Il est évident, dit-il dans la loi 1, § 2, D., que si l'emprunteur est un adrogé, quand

1. Si cet argument ne prévalut pas dans notre hypothèse, c'est une nouvelle preuve que le but réel du Sct. ne resta pas longtemps d'empêcher les parricides.

bien même il serait émancipé plus tard et sortirait de la puissance de l'adrogéant, le Sct. aura son application, car le prêt a été fait à un fils de famille. » Même solution pour l'adopté, et, dans ce cas, aucune indécision ne paraît avoir existé, car il s'agit d'un emprunteur qui n'a jamais été hors de puissance et qui a seulement changé de père de famille.

31. — Un cas plus délicat est prévu par le § 1 de cette même loi 1, D. : « S'il y a doute sur le point de savoir si un emprunteur est en puissance, si par exemple son père de famille a été fait prisonnier avant la passation du contrat de prêt, l'application du Sct. est soumise à la même incertitude; si l'emprunteur n'a pas cessé d'être en puissance (son père revenant à Rome), elle aura lieu; s'il est prouvé au contraire qu'il était *sui juris*, elle ne se fera pas, mais dans l'intervalle qui s'étend du jour du prêt au jour où la situation de l'emprunteur sera connue, l'action sera refusée au créancier. » L'incertitude dont parle notre texte tient à ce fait que si le père de famille revient à Rome, il bénéficiera du *jus postliminii*, et, par l'effet d'une fiction légale, sera censé n'avoir jamais perdu les droits dont la jouissance suppose la qualité de citoyen, et avoir conservé par suite la puissance sur ses descendants (Gaius I, § 129). Au contraire, meurt-il captif, il sera considéré comme mort du jour de son entrée en captivité, et de ce même jour ses enfants auront été affranchis de la puissance. Ulpien, dans notre texte, décide que la personne qui a emprunté pendant la captivité du père pourra invoquer le Sct., jusqu'à ce que son père soit de retour. Le doute s'interprète donc contre le créancier et cela dans le but de ménager l'intérêt éventuel du père de famille. Cette décision peut aussi se justifier par le second but du Sct. : la punition de ceux qui prêtent à des fils de famille. Dans notre hypothèse, à moins que le prêteur n'eût un juste motif de croire l'emprunteur *sui juris* (auquel cas nous verrons bientôt (n° 55) que le Sct. ne lui serait pas opposable), il y a eu de sa part tout au moins une grave imprudence à lui consentir un prêt alors qu'il savait ou qu'il pouvait facilement savoir que sa condition était *in pendent*i, et cette faute lourde doit être assimilée au dol selon le principe de la loi 226, D. L. 16.

32. — La règle que le prêt prohibé suppose un emprunteur en puissance fait naître une autre question : quel est au juste le mo-

ment auquel l'emprunteur doit être *alieni juris* pour qu'il puisse se prévaloir du Sct. ? Lorsque le prêt se fait ouvertement, sans aucune dissimulation, pas de difficulté : il faut que l'emprunteur soit en puissance lors de la réception des deniers. Mais la question se complique lorsque le prêt a été déguisé sous une forme qui lui est naturellement étrangère. Tel est le cas où le prêteur aurait employé l'un des moyens frauduleux dont nous avons parlé plus haut (n^{os} 15 et s.). Prenons pour exemple l'espèce prévue par la loi 3, § 4, D. : « Je stipule une somme d'un fils de famille et je la lui compte quand il est devenu *sui juris*, soit par une *capitis deminutio*, soit par la mort du père de famille ou toute autre cause n'emportant pas *capitis deminutio* ; on doit décider que le Sct. ne me sera pas opposable, parce que le prêt a été fait à une personne non soumise à la puissance paternelle. En effet, ajoute la loi 4, en disant qu'un fils de famille ne peut recevoir à titre de prêt, on entend que le prêt est réalisé, non par la stipulation des espèces, mais par leur numération. » Ce texte, comme nous l'avons déjà mentionné, prouve que l'emprunteur, même actionné *ex stipulatu*, en vertu d'une numération d'argent à lui faite, peut invoquer le Sct., ce dernier fait suffisant pour qu'il y ait lieu à la prohibition qui frappe le créancier.

33. — Nous n'abandonnerons pas notre texte sans dire quelques mots d'une question dont les interprètes se sont préoccupés : un certain nombre d'anciens auteurs ont prétendu que dans la loi 3, § 4, les mots : « vel aliàs *sui juris sine capitis deminutione* » devaient être attribués non à Ulpien, auteur de ce texte, mais à Tribonien, qui les aurait interpolés. Ce dernier juriconsulte, dit-on en ce sens, les a introduits à raison de l'innovation contenue dans la loi 5, C. XII, 3, loi dans laquelle Justinien institue un cas nouveau de cessation de la puissance paternelle sans que le fils ni le père subisse une *capitis deminutio*. Or jusqu'à Justinien hors le cas où le fils devient *sui juris* par la mort de son père, il n'en existait aucun dont la cause ne fût dans un changement d'état de l'un ou de l'autre, et sous l'empire de ce principe absolu, on ne concevrait pas qu'Ulpien eût pu faire allusion à des cas où il souffrait exception. Ce qui confirme le soupçon d'interpolation, c'est que la constitution de Justinien qui libère de la puissance paternelle les personnes élevées au rang de pa-

trice, est de l'an 531 ou 533, mais de toute façon antérieure à la promulgation du Digeste, puisqu'elle est reproduite avec son bizarre motif dans les Institutes (I, 12, § 4) et que ce dernier ouvrage fut comme le Digeste promulgué le 21 novembre 533. Il est donc naturel que Tribonien, qui avait eu dans la confection des Codes une influence prépondérante, ait usé en rédigeant le Digeste du droit d'en corriger les fragments pour les rendre conformes à la législation de l'époque, et par conséquent ait ajouté notre phrase au § 4 de la loi 3 pour le mettre en harmonie avec la nouvelle constitution de Justinien (V. en ce sens Reinold, *Dissert. acad.*, p. 424).

34. — A cette opinion, dont on ne peut méconnaître les sérieux arguments, on peut faire une objection qui est suggérée par Gaius et par un passage de Tacite. Et d'abord Gaius, Comm. I, § 130, nous dit : « Proeterea exeunt liberi virilis sexus patris potestate si Flamines Diales inaugurentur et fœminini sexus si Virgines Vestales capiantur. » Voilà donc des hypothèses où, dans le droit classique, la puissance paternelle cessait sans avoir pour corrélatif une *capitis deminutio*, et Ulpien a fort bien pu les avoir en vue dans notre texte et avoir voulu les mentionner d'une façon générale dans les mots « alias sui juris sine capitis deminutione... effectus ». Cette supposition est d'autant plus vraisemblable qu'Ulpien écrivait au commencement du III^e siècle de notre ère et qu'à cette époque le paganisme et toutes les institutions en résultant étaient encore en pleine vigueur. Les anciens auteurs, dont nous combattons la doctrine, ne pouvaient connaître ce fait par le texte de Gaius que nous venons d'indiquer ; mais ils auraient pu le déduire de cette phrase de Tacite (*Annales* IV, chap. xvi) dans laquelle il est dit que le Flamine sortait de puissance : « Quando exiret e jure patrio qui id Flaminium apisceretur. » Quoi qu'il en soit, nous croyons avoir démontré que notre texte appartient à Ulpien dans toute son intégrité.

35. — Étant donné que le prêt fait à une personne *sui juris* est valable bien que la somme qu'elle reçoit ait été stipulée d'elle alors qu'elle était en puissance, la loi 5, D. en tire cette conséquence que l'emprunteur sera condamné *in solidum* et ne pourra pas invoquer contre le demandeur l'exception « ejus quod facere potest ». Cette décision s'explique aisément. Il était admis à

Rome que le fils de famille, à raison des contrats par lui passés volontairement ou sur l'ordre de son père, ne pouvait une fois devenu *sui juris* être poursuivi que dans les limites de son actif brut, lorsqu'il avait été émancipé ou justement exhéredé par le père de famille ou quand il s'abstenait de l'hérédité de ce dernier. Dans ces trois cas, en effet, il n'a pas de patrimoine pour faire face à ses obligations, et cependant en droit il en est tenu. Le prêteur, considérant que les voies d'exécution et l'emprisonnement resteraient sans effet, réagit contre la rigueur du droit et lui accorde une exception (loi 2, pr. D. XIV, 5), mais elle ne lui était donnée que *cognita causa* (loi 5, § 1, *ibid.*), et cela même démontre que le magistrat pouvait, selon les cas, en restreindre ou en étendre l'application. Il dut donc la refuser à l'émancipé du jour où celui-ci, par le moyen de la *bonorum possessio unde liberi* ou *contra tabulas*, put venir à la succession du père de famille d'une façon régulière et nécessaire; à l'exhéredé bénéficiaire d'un legs ou d'un *fideicommiss* représentant au moins sa légitime. Il dut au contraire l'accorder à celui qui, héritier d'un faible patrimoine, mais grevé d'un *fideicommiss* universel, refusait de faire adition (s'il était déjà *sui juris* au décès de son père) ou de s'immiscer dans l'hérédité (à supposer qu'il fût un *heres suus*). Le prêteur, en effet, pouvait bien le contraindre à agir comme héritier, mais comme alors il n'avait pas droit à la quarte Pégasienne et se trouvait sans biens, il devait obtenir le bénéfice de l'exception *quod facere potest*.. — Cette explication donnée, on comprend quelle est l'idée exprimée par Paul dans notre loi 5. Du fait que le prêt a été réalisé au profit d'un père de famille, il conclut que celui-ci pourra être poursuivi *in solidum*, tandis que s'il était tenu à raison de la promesse qu'il a faite étant en puissance, il aurait été obligé comme fils de famille, et pour ce motif aurait pu obtenir *cognita causa* l'exception dont nous venons de parler.

36. — A l'inverse du cas prévu par la loi 3, § 4, la loi 6 décide que si une personne ayant stipulé une somme d'un père de famille ne la lui livre qu'une fois l'emprunteur tombé en puissance, celui-ci, contre l'action *ex stipulatu*, pourra opposer le moyen tiré du Sct. Macédonien, parce que la substance de l'obligation qui lui incombe se trouve dans la numération des espèces qu'il a reçues.

Pour terminer l'étude des personnes auxquelles le Sct. défend de prêter, nous avons encore deux questions à examiner : 1° Les dignités conférées à une personne en puissance la font-elles échapper à la prohibition d'emprunter ? 2° Pourquoi celle-ci ne frappe-t-elle pas les enfants émancipés ?

37. — 1° Les dignités conférées à une personne en puissance la relèvent-elles de l'incapacité dont elle est atteinte ? La réponse de la loi 1, § 3 à cette question est celle-ci : « Jamais un fils de famille, si haut placé qu'il soit, ne peut valablement emprunter, fût-il consul ou chargé des plus importantes dignités. » — La raison en est que les fonctions publiques ne soustrayaient pas celui qui en était revêtu à la puissance paternelle, et que le Sct. devait le comprendre dans la prohibition, celle-ci visant toutes les personnes en puissance. — A côté de cette règle, on voit cependant surgir des exceptions, d'abord fort rares, mais qui se multiplient dans le dernier état du droit. (a) Le premier des cas exceptionnels auquel nous avons déjà fait allusion est celui où une personne *alieni juris* était appelée au nombre des Vestales ou choisie pour Flamine de Jupiter. Ce cas disparut bien entendu avec le paganisme. (b) Une constitution de Justinien (loi 5, C. XII, 3) libère de la puissance paternelle et, par suite de la prohibition du Sct. Macédonien, les fils de famille appelés à la dignité suprême du patriciat ; l'empereur motive sa décision par cette allégation que ceux qu'il s'est choisis pour pères ne peuvent raisonnablement être en puissance eux-mêmes, et que d'ailleurs on verra rarement des fils de famille nommés patrices, à l'inverse de ce qui a lieu pour les consuls. (c) Il paraîtrait que cette dernière raison de distinguer ne semblait pas à Justinien bien concluante, car dans la nouvelle 81 il étendit la solution précédente à toutes les personnes qui échappent, à raison de leurs fonctions, aux charges de la curie. Dorénavant les patrices et les personnages consulaires, par la seule vertu d'un titre honorifique, les évêques, les consuls, les généraux, les préfets du prétoire et de la ville, les agents impériaux, etc., à raison de l'exercice de leurs fonctions, devinrent *sui juris* et purent emprunter sans que leurs créanciers pussent être repoussés au moyen de l'exception du Sct.

38. — 2° Pourquoi le fils émancipé n'est-il pas astreint par la prohibition du sénatus consulte ? La réponse à cette question peut

à bon droit sembler embarrassante. Primus a deux fils : l'un, Secundus, resté en puissance ; l'autre, Tertius, émancipé : l'un ne peut emprunter, l'autre le peut, et cependant tous deux sont exposés à se livrer aux mêmes prodigalités, l'émancipé plus que son frère, puisque la crainte du père de famille n'est plus là pour le retenir. Tous deux aussi peuvent être harcelés par leurs créanciers, et le *votum mortis*, que réprouve le Sct., peut exister dans l'esprit de tous deux, car l'émancipé, à bout de ressources, est fondé à compter sur la succession de son père, puisque le prêteur lui confère la *bonorum possessio*. — En faveur de la distinction entre le fils en puissance et l'émancipé, on a fait valoir plusieurs arguments à notre avis peu concluants. L'émancipé, dit-on, est maître de ses biens ; il n'empruntera donc qu'avec beaucoup de circonspection, sachant qu'il peut être poursuivi sans rémission sur son propre patrimoine. (Mais cette idée est sans valeur dans le cas très fréquent où l'émancipé n'a pas de fortune personnelle.) Quant au péril que l'émancipé peut faire courir à la vie du père, il n'excède pas, prétend-on, le danger qu'il y a pour celui-ci d'être tué par un étranger. (En parlant ainsi on oublie l'intérêt que l'émancipé peut avoir à la mort du père de famille.) — La seule raison plausible (du moins en apparence) que l'on puisse invoquer, c'est que l'émancipé est traité, quant à ses actes, comme un père de famille, et que l'application de ce principe à notre hypothèse exclut celle du Sct.

Cette solution, qui nous paraît injustifiable au point de vue du but que se proposait le Sct. Macédonien, peut cependant être défendue en fait si l'on considère que les crimes que ce texte tendait à empêcher devaient être assez rares, et qu'on ne jugea pas utile d'étendre son application d'une façon absolue. Si cela était, on pouvait dire que le prêt contracté par l'émancipé n'entraînait pour son père aucun désavantage, puisque nul recours ne pouvait l'atteindre, même *de peculio*. Cela posé, et la crainte d'un parricide étant peu fondée, la distinction faite entre l'émancipé et le fils en puissance n'avait plus rien de choquant en pratique.

CHAPITRE III

DES CAS DANS LESQUELS LE SÉNATUS-CONSULTE CESSE DE S'APPLIQUER.

39. — Nous venons de voir que le Sct. s'applique en principe, lorsqu'il y a eu numération d'espèces faite à un fils de famille par une personne quelconque. Mais le fondement même du Sct. fait pressentir un certain nombre d'exceptions fondées sur ce que, dans tel ou tel cas spécial d'emprunt fait par une personne en puissance, la vie du père ne peut être menacée ni son intérêt pécuniaire méconnu malgré lui. — Dans d'autres cas, on conçoit que le but utile et moral de l'emprunt l'emporte sur le Sct.; enfin il y a telles espèces dans lesquelles le prêteur, au lieu de mériter un châtiment, est digne de protection, à raison de certaines circonstances particulières. Dans la première classe de cas nous rangerons ceux-ci : le père de famille a consenti au prêt ou bien il en a tiré profit ; dans la seconde série rentre celui où le fils emprunteur est à la tête d'un pécule *castrense* ; dans la troisième indiquons celui où, par le dol de son emprunteur, le prêteur a cru traiter avec un père de famille, celui où l'emprunteur était réputé *sui juris* dans la société, celui où le prêteur était mineur de vingt-cinq ans.

Ce n'est cependant pas ainsi que nous classerons les exceptions au sénatus-consulte Macédonien : nous suivons une autre voie et nous les distinguerons en cinq séries, chacune impliquant une dérogation plus ou moins considérable à la prohibition (1). En voici l'indication sommaire : 1° Le fils emprunteur est tenu, mais lui seul ; — 2° Outre le fils, le père de famille est tenu, et ce jusqu'à concurrence du profit qu'il a retiré du prêt ; — 3° Le fils est tenu *in solidum* et le père *de peculio* ; — 4° Tous deux sont tenus *in solidum* ; — 5° Ni l'un ni l'autre n'est tenu, mais le prêt oblige civilement une personne tierce.

1. Cette classification aura l'avantage de comprendre certaines hypothèses qu'on n'aurait pu que difficilement grouper dans la précédente.

SECTION I. — LE FILS EMPRUNTEUR EST TENU ET L'EST SEUL

40. — § 1^{er}. *Le fils de famille a des biens propres sur lesquels il a tous les droits d'une personne sui juris.*

C'est l'espèce prévue par la loi 1, § 3, *in sine*, D. « Toutefois, dit ce texte, si le fils a un pécule *castrense*, le Sct. ne s'appliquera pas contre le prêt qu'il contracte. » Cette exception ne résulte pas explicitement du texte du sénatus-consulte, mais elle en découle tacitement, puisque les jurisconsultes disent que le fils qui a un pécule *castrense* est, vis-à-vis de ce pécule, « *loco patris familias*. » (V. loi 2.). Le prêt qui lui est fait dans les limites du pécule *castrense* est donc valable. Mais remarquons bien que le fils de famille ne pourra être poursuivi à raison de ce prêt que dans la mesure de l'actif de son pécule. Si le prêteur avait eu le droit d'agir *in solidum*, la valeur du pécule n'atteignant pas celle de la somme prêtée, le fils de famille militaire aurait pu, pour la différence, être harcelé et poussé par son créancier à attenter à la vie de son père. Notre solution, qui résulte expressément de la loi 2, D., reste vraie, quand même l'emprunteur verrait plus tard sa fortune s'accroître : quand il sera devenu *sui juris*, il ne sera tenu cependant que pour la somme qui constituait son pécule *castrense*.

41. — En même temps notre loi 2 démontre que le fils de famille est seul tenu dans l'espèce, en effet le père de famille ne saurait l'être. En principe les contrats valablement passés par une personne en puissance ne lient le père que *de peculio*, or ici comment serait-il obligé *de peculio castrensi*, puisque ce pécule ne lui appartient en aucune façon ? (Loi 3, C. XII, 37). Et comment le serait-il de *peculio profectio* ? Cela serait contraire à notre texte qui ne donne action au prêteur que « usque ad quantitatem castrensis peculii ». A plus forte raison ne peut-il être question de lui donner action *in solidum* contre le père, ni même une action de *in rem verso*, puisque nous supposons que le prêt a été fait dans l'intérêt exclusif du fils emprunteur.

42. — D'ailleurs Justinien apporta une grave innovation dans notre matière par une constitution qui forme la loi 7 § 1, C. IV, 28. Si un fils de famille militaire emprunte, qu'il agisse de son

propre mouvement, ou que le père ait consenti au prêt, le contrat aura son plein effet vis-à-vis de l'emprunteur sans qu'on ait (comme dans le droit précédent) à distinguer selon qu'il a ou n'a pas un pécule *castrense*. Et peu importera même la cause du prêt, peu importera l'emploi fait des deniers reçus par le fils de famille : Justinien décide en effet que sous plusieurs rapports, le fils militaire doit être assimilé à une personne sortie de puissance et il en déduit cette présomption absolue qu'un fils de famille militaire qui emprunte passe ce contrat à raison de sa situation spéciale et pour des *causæ castrenses*. En même temps notre loi 7, § 1, pose deux nouveaux principes qui complètent l'assimilation du prêt fait à un fils militaire aux contrats valablement passés en droit commun avec les personnes *alieni juris* : 1° L'emprunteur sera tenu non plus seulement de *peculio castrensi* mais *in solidum* sauf son droit, lorsqu'il sera devenu *sui juris*, d'invoquer l'exception *quod facere potest* dans les cas que nous avons déjà cités (n° 35). 2° Le père de famille sera tenu de l'action du prêteur de *peculio profectitio*.

Toutes ces réformes de Justinien fondées sur cette raison assez faible qu'un soldat étant presque toujours dans les camps et ne se trouvant que rarement dans ses foyers n'empruntait pas dans un but de dissipation, sont une nouvelle preuve de la médiocre utilité du sénatus-consulte, à moins qu'on ne veuille y trouver une de ces faveurs par lesquelles les empereurs cherchaient à se rendre populaires vis-à-vis de l'armée.

43. — Faut-il appliquer les règles des lois 1 § 3 et 2 aux personnes *alieni juris* qui comme les *agentes in rebus*, les avocats, les professeurs, etc. avaient un pécule *quasi castrense* ? L'affirmative ne nous semble pas douteuse, à raison de l'analogie presque absolue qui dès l'origine s'établit entre cette sorte de pécule et le pécule *castrense*. Justinien qui les identifia complètement en permettant de tester sur le premier comme sur le second, dit en effet : « Ad imitationem peculii castrensis quasi castrense peculium supervenit » (Loi 37, § 1, C. III, 28). Mais il nous semble non moins certain que la loi 7 § 1, C, n'a jamais pu être invoquée par les fils de famille maîtres de pécules *quasi castrenses*. Cette disposition ne vise en effet que les militaires, mais elle les vise tous, même ceux qui sont sans pécule *castrense*.

Ce n'est donc pas une règle portée pour étendre leurs droits sur leur pécule, et dès lors comme elle tient à leur situation spéciale elle ne saurait être étendue à aucune autre personne. Enfin remarquons que la position des personnes qui ont des pécules *quasi castrensia* ne justifierait pas cette extension, rien en effet ne s'oppose à ce qu'elles fassent des emprunts dans un but de débauche.

44. — On doit encore se demander si le fils de famille qui a des biens adventices est en droit d'emprunter valablement. Dans les cas de beaucoup les plus fréquents où le père de famille en avait l'usufruit, la solution négative devait prévaloir, car on ne peut pas dire que le fils soit relativement à ces biens dans la situation d'une personne *sui juris*. Dans le cas où le fils en avait la pleine propriété, la question peut paraître plus délicate et certains auteurs estiment que le prêteur pouvait agir contre le fils de famille sans restriction. Cependant nous pensons que cette opinion est excessive; si elle avait été admise à Rome, on aurait vu des fils de famille dissiper leur fortune et emprunter sans aucune mesure. Il faut convenir toutefois que le prêteur pourra, dans le dernier état du droit, poursuivre le fils de famille jusqu'à concurrence de la valeur des biens dont il a la pleine propriété. Cela résulte de la novelle 117, chap. 1 § 1, dans laquelle Justinien décide que les fils de famille majeurs de vingt-cinq ans, relativement à ces biens adventice « *licet sub potestate sint licentiam habent quo volunt modo disponere* ».

45. — § 2. *Le fils de famille s'est fait passer mensongèrement pour sui juris.*

Loi 1, C. IV, 28: « Si un fils en puissance a emprunté de l'argent en se faisant passer pour père de famille, et si vous pouvez prouver que vous avez cru à ses affirmations pour de justes motifs; il ne pourra opposer le moyen tiré du Sct. ». Cette nouvelle exception à la prohibition trouve une raison d'être toute naturelle dans ce fait que le prêteur n'est pas en faute d'avoir fourni des sommes au fils de famille, il ne peut donc être atteint par une disposition dont une des principales causes est la haine du législateur pour les spéculateurs de mauvaise foi.

Le mensonge de l'emprunteur ne suffit pas à lui seul pour que notre loi 1 soit invocable par le créancier. Il faut en outre qu'il ait été assez plausible pour que le prêteur malgré sa perspicacité

n'ait pu le découvrir ; et qu'il ait provoqué une erreur justifiable de la part du créancier. Dès lors celui-ci pourra être repoussé dans son action contre le fils de famille si celui-ci démontre que sa situation était connue du demandeur. Mais il en serait autrement si le prêteur ayant contracté avec un fils de famille dans une région éloignée du domicile du père de famille a été induit en erreur par les allégations de son contractant confirmées par le faux témoignage de tiers complices de celui-ci. Pour éviter que son erreur puisse être attribuée à une négligence de sa part, le prêteur fera donc bien d'interroger au préalable son contractant sur ces divers points : est-il en puissance, ou bien en est-il sorti par la mort du père ou par émancipation. Et si le futur emprunteur se dit *sui juris*, le prêteur devra vérifier l'exactitude de son dire en s'informant auprès de toutes les personnes qui sont à même de l'édifier sur ce point. Telles sont les précautions prescrites pour une hypothèse analogue par la loi 5, § 1, D. XLII, 4 ; leur application à notre espèce est donc toute naturelle.

En invoquant son erreur le prêteur ne tend pas à contester que la prohibition du Sct. lui soit rigoureusement opposable, car l'opération consiste bien en une numération d'espèce faite à une personne en puissance. Pour triompher définitivement de l'*exceptio Macedoniani Sct.*, il devra donc prendre soin de faire insérer une *replicatio doli* en vertu de laquelle il pourra prouver le dol de son emprunteur et obtenir gain de cause.

46. — Si dans le cas que nous venons d'étudier l'exception tirée du Sénatus consulte n'est pas opposable par le fils emprunteur poursuivi, les termes mêmes de la loi 1, C., nous avertissent qu'on ne doit pas aller plus loin ni dire que le père de famille sera tenu du prêt comme de toute autre obligation valable de son descendant, car si l'*odium creditoris* cesse dans l'espèce, la protection due au père de famille n'a pas lieu d'être supprimée ; il n'est pas responsable du mensonge de son fils.

47. — § 3. — *Le fils emprunteur ratifie le prêt lorsqu'il est devenu sui juris.*

Pour les explications exigées par cette hypothèse, nous renvoyons au chapitre V (nos 109 et s.) dans lequel nous traiterons des effets que peut produire contre le débiteur le prêt contracté malgré la prohibition du Sct.

SECTION II. — LE FILS EMPRUNTEUR EST TENU « IN SOLIDUM » ET LE PÈRE
DE FAMILLE « DE IN REM VERSO ».

48. — C'est le cas prévu par la loi 7, § 12, D. « Dans le même sens, si un fils de famille a emprunté de l'argent et si la somme a été employée au profit de son père, la prohibition du Sct. cesse, car il a reçu non pour lui, mais pour le père de famille. Si même tout d'abord il n'a pas reçu l'argent dans le but précédent, il suffira, selon Julien, pour que le prêt soit valable, que plus tard la somme soit employée au bénéfice du père, il n'y aura pas au contraire *in rem versum* quand le fils aura affecté la somme, empruntée d'abord avec l'intention de la faire servir au père, à se libérer envers son créancier, si donc le père ignorait le prêt celui-ci sera frappé de nullité » (V. aussi la loi 2, C. IV, 28 : *aut in eam rem*, etc.). Pour que notre dérogation au Sct. se produise il faut donc, mais il suffit qu'il y ait *in rem versum patris*. Donc peu importe l'intention qu'avait le fils en empruntant pourvu que le père bénéficie du prêt. Peu importe aussi que ce résultat se produise contre le gré du fils ou que celui-ci l'ait réalisé volontairement.

Dans quels cas peut-on dire qu'il y a eu *in rem patris versum* ? Cela peut arriver soit que l'argent prêté au fils procure un gain au père soit qu'il serve à lui éviter une perte. La première hypothèse se réalisera si le fils emploie les deniers à acquérir pour le père de famille un bien nouveau ou s'il en use pour le payer d'une créance contre laquelle le débiteur pourrait invoquer une exception péremptoire. Mais il en sera différemment s'il l'affecte à payer sa propre dette, en effet, ses obligations personnelles ne réfléchissant pas en général contre le père, le fils de famille qui s'en libère ne procure à ce dernier aucun avantage. — La seconde hypothèse se présentera quand avec la somme empruntée le fils paiera la dette de son père, ou fera une dépense dont celui-ci aurait dû supporter la charge. Ces diverses sortes de libération sont prévues par nos textes, nous les étudierons successivement.

49. — § 1. — Loi 17, D : « Si un fils de famille a emprunté une somme pour en doter sa sœur, le père sera tenu dans la mesure de l'*in rem versum*, car s'il survit à sa fille morte en état de mariage, il aura le droit de répéter la dot. » La justification du pro-

fit retiré par le père dans notre espèce est insuffisamment faite par la loi 17. Il faut dire que la constitution de dot provenant de l'emploi des deniers empruntés par le fils profite au père de famille sous un double rapport : le premier c'est qu'elle peut éventuellement et dans le cas indiqué par le texte servir de base à une action en répétition de la dot. Mais ce premier motif est sans grande force, car si la fille dotée survit au père de famille, les héritiers de celui-ci n'auront pas l'action en reprise et cependant alors le prêteur aura eu le droit d'agir contre lui de *in rem verso*. C'est donc que même dans ce cas il a retiré un avantage du prêt, et voici quel il est : le père de famille est tenu de doter ses descendants en puissance. Cette obligation purement morale à l'origine, cessa plus tard d'être généralement respectée, le besoin d'une véritable sanction se fit sentir, et la loi *Julia de maritandis ordinibus* (chap. XXXV) ainsi que des constitutions impériales décidèrent que les proconsuls et présidents de province auraient le droit de forcer les pères de famille à constituer une dot à leurs enfants. Le fils de famille qui affecte une somme par lui empruntée à l'acquittement de cette obligation du père le libère donc d'une dette civile, et voilà pourquoi dans ce cas l'on peut toujours dire qu'il y a pour ce dernier *in rem versum*. Le droit à une dot appartient à tous les descendants *in potestate* (loi 19, D. XXIII, 2. — loi 7, C. V. 11), aussi l'espèce prévue par la loi 17, D. n'est pas la seule qui puisse se présenter « Peu importé en effet dit Pomponius, que le fils ait des deniers empruntés doté sa fille ou sa sœur ou la fille de son frère, et la même solution s'impose si c'est un esclave qui a emprunté pour doter une descendante de son maître ». Ainsi dispose la loi 8, D. XV, 3.

50. — La décision de nos textes une fois justifiée il faut se demander quel est le *quantum de l'in rem versum*. La réponse est facile : le père de famille sera réputé avoir profité de la somme qu'il aurait dû régulièrement affecter à la dot de sa fille ou petite fille. Cette somme est variable suivant sa situation pécuniaire, sa condition sociale et diverses circonstances de fait. C'est ce qui résulte de la loi 5, § 8, D. XXIII, 3. « Si, dit-elle, un fils de famille a donné mandat à son prêteur de constituer en dot à sa sœur la somme empruntée ou s'il la lui donne lui-même à ce titre, Nératius dit que cette dot sera réputée constituée par le père de fa-

mille lui-même (dot *profectice*) dans la mesure où il aurait dû la fournir, jusqu'à concurrence de cette valeur il y a *in rem versum* ». Et dans cette limite il est tenu de l'action du prêteur. Disons en passant que celle-ci est en même temps donnée au titre de *peculio* (Instit. IV, 7, § 4) ce qui permettra souvent au demandeur d'obtenir du père de famille plus que la somme dont celui-ci a profité.

51. — § 2. — Loi 5, C. premier alinéa : « Le Sct. Macédonien ne fait pas obstacle à la répétition contre le père des sommes empruntées par un fils absent dans l'intérêt de ses études ou d'une mission dont il était chargé, à condition qu'il ait subvenu par là à une dépense nécessaire et proportionnée à celles que le père avait le devoir d'acquitter. Mais l'action *de peculio* aura aussi lieu contre ce dernier jusqu'à l'expiration d'une année utile après la mort du fils emprunteur ». De ce texte il résulte que le Sct. cesse de s'appliquer et que dès lors le fils de famille « *potest conveniri in solidum* ». Quant au père il est tenu de *in rem verso* et par conséquent aussi *de peculio* à moins que l'action ne soit déjà prescrite à son égard à ce second titre. Cela posé, voyons très sommairement quelle est l'espèce prévue par notre loi 5. — Elle suppose un fils *absent*, mais *a fortiori* doit-elle s'appliquer au fils *præsens*, car dans les deux cas les dépenses dont nous allons parler sont tout aussi justifiées, leur cause est également honnête et nécessaire. Quant à l'effet donné au prêt, il ne résulte pas d'un mandat tacite donné par le père à son fils d'emprunter *ob causas necessarias*, mais de l'obligation où le père se trouve de subvenir aux dépenses qui sont la conséquence nécessaire de l'ordre qu'il lui a donné à l'origine de faire telles études ou de remplir telle mission. Si donc après lui avoir donné cet ordre et sans entendre le révoquer il refuse d'avance de payer les dépenses de son fils, si raisonnables soient-elles, le créancier n'en aura pas moins action contre lui dans la mesure ci-dessus indiquée. Ajoutons du reste qu'il en serait tout autrement si le fils avait commencé ses études malgré son père.

Ce que notre texte entend par *necessarii sumptus* ce sont les dépenses destinées à l'entretien, à la subsistance et aux frais d'études. Cette énumération même suffira à fixer la mesure dans laquelle le père est tenu des dépenses en question ; cependant s'il avait coutume d'accorder à son fils une somme déterminée à titre

de pension annuelle ou mensuelle, c'est cette somme pour laquelle il pourra être poursuivi *de in rem verso* par le prêteur. Telle est la décision de la loi 7, § 13, D. : « Quand on dit que le Sct. ne s'applique pas au prêt fait à un fils de famille absent dans l'intérêt de ses études, on suppose que ce prêt n'a pas été excessif, ou qu'il n'a pas dépassé les sommes que le père était dans l'usage d'attribuer à son fils en vue de ces sortes de déboursés. » On voit donc que pour le cas d'excès le prêt ne sera opposable au père de famille que pour partie.

Enfin pour que le prêteur ait action, il faut que l'argent ait été réellement affecté aux dépenses que nous avons indiquées, sinon le Sct. s'appliquera quand même l'emprunteur aurait déclaré lors du contrat que son intention était d'y affecter la somme qu'il recevait. En vain le créancier opposerait-il sa bonne foi, on lui répondrait avec Ulpien : « Curiosus esse debet creditor quo pecunia « vertatur. »

52. — § 3. — Loi 7, § 14, D. — « Si un fils de famille emprunte pour désintéresser un créancier dont l'action ne saurait être paralysée par aucune exception, le Sct. ne pourra être opposé à l'action du prêteur. » Nous avons donné du texte la traduction littérale, mais pour le comprendre il faut aller plus loin et dissiper l'équivoque qui en rend le sens douteux. — Suppose-t-il que le fils paye le créancier de son père, ou le sien propre ? Certains auteurs considérables tiennent pour cette dernière opinion ; malgré leur grande autorité nous ne pouvons l'admettre. Tout d'abord l'enchaînement des textes lui est contraire : nous avons vu le paragraphe 13 traiter du cas où avec la somme empruntée le fils fait l'affaire de son père en le libérant d'une obligation ; notre paragraphe 14 donne une décision analogue dont le but probable est de démontrer par *a contrario* qu'il n'y aurait pas *in rem patris versum* si le fils payait un créancier à qui le père aurait pu opposer une exception. — L'opinion que nous combattons serait d'ailleurs en flagrante contradiction avec le paragraphe 12 d'après lequel si un fils de famille emprunte pour payer sa propre dette la prohibition du Sct. ne cesse pas. Si dans le cas du paragraphe 14 il s'agissait d'un fils payant à l'aide de deniers empruntés une dette à laquelle il ne peut se soustraire, que deviendrait la décision précédente ? Ulpien se serait donc déjugé à quatre lignes d'inter-

valle ; une telle supposition nous paraît si inconcevable que nous n'hésitons pas à nous rallier à l'opinion contraire, elle seule justifie la solution du paragraphe 14 en y voyant la conséquence de ce que dans l'espèce prévue il y a eu *in rem patris versum*.

53. — De cette différence dans la manière d'expliquer le texte il résulte que nos adversaires, voyant dans le paiement de la dette un enrichissement pour le pécule du fils qui se trouve ainsi dégrevé d'une charge inéluctable, confèrent au prêteur l'action *de peculio* contre le père. — Pour nous l'opération profite à celui-ci et non pas à son fils, c'est donc à la fois *de peculio* et *de in rem verso* que le créancier de ce dernier pourra poursuivre le père de famille. Dans les deux systèmes d'ailleurs on s'accorde à décider que le fils emprunteur est tenu *in solidum* ; le paragraphe 14 dit en effet *cessabit Sctum*, c'est-à-dire que tout devra se passer conformément aux règles qui en droit commun régissent les obligations contractées par des personnes en puissance.

SECTION III. — LE FILS EST TENU « IN SOLIDUM » ET LE PÈRE DE
FAMILLE, « DE PECULIO ».

54. — Les diverses hypothèses qui sont rangées sous cette rubrique se caractérisent par ce trait commun : le créancier n'a commis aucune faute en prêtant au fils en puissance, et d'autre part celui-ci a contracté de son chef sans que son père en profite. Les textes visent deux cas de ce genre.

55. — § 1. — Loi 19, D. — « Julien écrit que l'exception du Sct. sera opposable à celui-là seul qui savait ou pouvait savoir que son emprunteur était en puissance. » Donc le prêteur en est exempt s'il peut invoquer une erreur plausible sur ce point, erreur de fait bien entendu, car on sait qu'en principe nul ne peut se prévaloir d'une erreur de droit, et cette règle se conçoit ici mieux que jamais à raison de l'intérêt d'ordre public auquel le Sct. Macédonien donne satisfaction : qu'un prêteur l'ignore ou non, en prêtant à une personne qu'il savait *alieni juris*, il commet un acte blâmable. Au contraire s'il croyait son emprunteur libre de tout lien de puissance, il entendait contracter avec lui d'une façon licite et sa bonne foi devait lui servir d'excuse contre les fâcheux résultats dont, en fait, le prêt ainsi conclu pouvait devenir la cause ; on de-

vait donc lui appliquer cette règle de la loi 131, D., L, 16: « *Pœna sine fraude esse non potest.* » C'est ce qui ressort en effet de la loi 3, pr. et § 1, D., dans laquelle nous voyons en outre ce que dans l'espèce il faut entendre par une juste erreur de fait: « Si quelqu'un a cru que son débiteur était *sui juris* et si cette croyance loin d'être la conséquence d'une imprudente crédulité ou d'une erreur de droit, vient de ce que l'emprunteur était tenu dans l'opinion générale pour père de famille, se comportait, contractait comme tel et en avait les dehors, le *Sct.* n'aura pas d'application — § 1. C'est ainsi que d'après Julien il sera sans effet si l'emprunteur est un fermier d'impôts, ainsi l'ont décidé plusieurs constitutions impériales. » Bien entendu ce sera au créancier à repousser l'effet de l'exception du *Sct.* Macédonien en fournissant lui-même la preuve des faits qui l'ont induit en erreur, et il y arrivera, comme nous l'avons déjà dit plus haut, au moyen d'une réplique de *dol* insérée dans la formule.

56. — En fin de compte le prêt fait dans ces circonstances sera traité comme si le *Sct.* n'existait pas: le fils de famille sera donc tenu pour le tout et le père de famille à côté de lui *de peculio*. Au contraire si l'erreur du prêteur avait été causée par les déclarations mensongères de son débiteur nous avons vu (n° 46) que la loi 1, C., laisse le père de famille à l'abri de toute poursuite du prêteur. La différence des deux solutions se justifie pleinement: au cas de la loi 1, C., le père ne doit pas souffrir d'une fraude à laquelle il est resté étranger; s'il en était autrement, on lui infligerait une véritable peine pour un délit commis par son fils. Au contraire dans le cas de la loi 19, D., sans doute le père est innocent de l'erreur du créancier, mais il en est de même du fils emprunteur; celui-ci étant tenu du prêt, la conséquence naturelle était d'appliquer la règle commune et d'obliger aussi le père *de peculio profectitio*. Si le principe de la personnalité des peines commandait une dérogation à cette règle dans le premier cas, rien ne l'exige dans le second.

57. — Il nous reste maintenant sur cette hypothèse à examiner le cas où il y a pluralité de prêteurs un seul étant de bonne foi, et celui où le prêteur n'est de bonne foi que vis-à-vis de l'un de deux emprunteurs *correi* fils de famille. Ajoutons immédiatement que les solutions qui seront données pour le premier cas sont applicables

dans celui où l'erreur de l'un des coprêteurs résulterait d'une fraude de l'emprunteur; et que celles que comporte le dernier cas régissent tous ceux dans lesquels l'un des deux coemprunteurs pourrait seul invoquer l'exception du Sct.

58. — *Premier cas.* — Loi 7, § 7, D. « Si de deux personnes l'une fournit à un fils de famille une somme d'argent, et si l'autre en stipule la restitution, l'exception sera donnée contre tous deux bien que le second n'ait pas fait une numération d'espèces. Et si un seul d'entre eux ignorait que l'emprunteur était fils de famille, il nous semble préférable de le faire souffrir de la mauvaise foi de l'autre. Nous dirons de même s'il s'agit de deux *correi stipulandi*. » Sans nous occuper des premiers mots de notre texte qui indiquent un procédé illicite tendant à échapper aux sévérités du Sct., passons à l'examen des deux hypothèses qui y sont prévues.

57. — 1° De deux personnes dont une seule est de bonne foi l'une prête des deniers à un fils de famille de qui l'autre les stipule, tous deux seront atteints par le Sct. Pourquoi cette décision? Nous ne saurions le dire; peut-être craint-on qu'un prêteur de mauvaise foi ne fasse stipuler les deniers par un mandataire de bonne foi de telle sorte que celui-ci agissant valablement *ex stipulatu* soit ensuite tenu *ex mandato* de rembourser au prêteur les deniers qu'il a lui-même reçus de l'emprunteur. Mais cette raison est insuffisante; elle est d'abord sans valeur si c'est le prêteur qui est de bonne foi; car alors le stipulant a beau connaître la condition du débiteur, comme c'est au prêteur qu'il doit rendre la somme en fin de compte, il n'est qu'un agent passif dans l'opération et ne peut nuire à son mandant (1). Et surtout elle est d'une dureté révoltante et contredit cette règle si équitable : « Iniquissimum videtur cuiquam scientiam alterius quam suam nocere. » (Loi 5, D., XXII, 6.) D'ailleurs nous nous réservons de prouver bientôt que la décision que nous avons rejetée ne ressort pas du texte, si l'on adopte une leçon communément rejetée mais qui nous paraît conforme aux principes et à l'équité en même temps qu'elle donne

1. Il en serait cependant autrement si le prêteur ne fournissait les deniers au fils de famille qu'en vertu d'un *mandatum credendæ pecuniæ* qui lui aurait été donné par un tiers de mauvaise foi, celui-ci venant ensuite à stipuler la somme *novandi causa* du fils emprunteur.

à notre § 7 une correction grammaticale qui lui fait défaut quand on le traduit comme nous venons de le faire tout d'abord avec la majorité des interprètes.

60. — 2° Un prêt ayant été fait par deux personnes à un fils de famille, toutes deux stipulent de lui comme *correi* la restitution de la somme fournie, l'un seulement étant de bonne foi. D'après la traduction ci-dessus donnée, la faute du second rejaillirait sur le premier et lui retirerait le bénéfice de sa bonne foi. Et c'est en effet une opinion communément admise que ce système est sinon équitable, du moins conforme aux règles de la corréalité active. Dans une obligation corréale, dit-on en ce sens, il y a *unum creditum* bien qu'il puisse y avoir plusieurs créanciers, et de même que le fait d'un seul d'entre eux suffit à éteindre le droit de tous les autres (paiement reçu, novation ou constitut, acceptilation, serment déféré au débiteur et prêté par lui) de même la faute d'un seul éteignant, la créance de l'un éteint par cela même celle des autres, puisqu'elle est unique.

61. — Cette manière de voir n'est pas la nôtre. et nous allons essayer d'établir qu'en effet elle est contraire, et aux principes qui régissent la corréalité et à une traduction exacte de notre loi 7, § 7.

Tout d'abord, disons-nous, la décision précédente n'est conforme qu'en apparence aux règles de la corréalité. Il faut se rappeler que si dans une créance corréale il y a unité d'objet, il y a aussi pluralité de liens. Il y a « *unum creditum* » et de là cette conséquence que l'objet du contrat étant unique, ce qui l'empêche d'exister ou le supprime à l'égard de l'un, produit ce même effet à l'égard des autres; cela justifie les solutions données en ce qui concerne le paiement, la novation, etc., intervenus entre le débiteur et l'un des costipulants; dans tous ces cas l'obligation a été exécutée et comme elle ne doit l'être qu'une fois, aucune action ne reste possible contre le débiteur. Dans le cas de serment déféré et prêté par un *correus* créancier, la prestation prouve qu'il n'y a jamais eu de *creditum* pas plus au profit des cocréanciers de celui qui a déféré le serment que de celui-là-même. — Mais dans notre hypothèse, l'un des créanciers étant seul de mauvaise foi et en faute, c'est là un événement qui peut bien influencer sur la valeur du lien qui le rattache au débiteur, mais sur ce lien seul, et qui d'ailleurs n'engendre aucune conséquence relative à l'existence de l'objet du

contrat. En effet le fils de famille qui invoque le Sct. Macédonien ne nie pas qu'en réalité un prêt lui ait été fait, il ne prétend pas non plus avoir remboursé la somme reçue, il se prévaut seulement de la nature illicite du lien qui l'attache à son créancier, afin de s'y soustraire.

Or, pourquoi cet argument absolument fondé au regard du *correus* de mauvaise foi serait-il efficace vis-à-vis de l'autre? Entre créanciers correaux comme partout ailleurs, la faute reste personnelle à qui la commet et ne peut nuire qu'à lui; les textes appliquent cette règle en matière de corréalité (loi 9, § 2. D. XLV. 2). Les liens principaux que crée une créance corréale sont à raison même de leur caractère principal, indépendants les uns des autres en ce qui concerne les conditions de leur formation et de leur validité. C'est ainsi que si un pupille autorisé est débiteur de deux *correi stipulandi* dont l'un est son tuteur; celui-ci n'aquiert pas de créance civile, et cependant son costipulant est traité tout autrement (loi 5. pr. D. XXVI. 6.). Dans le même ordre d'idées une cause personnelle à un *correus promittendi*, peut laisser subsister quant à lui le lien dont ses copromettants sont affranchis; tel est le cas où l'un d'eux ayant été mis en demeure, la chose vient à périr fortuitement (loi 173 § 1. D. L. 17). Pourquoi n'en serait-il pas de même entre créanciers correaux? L'indépendance des liens formés entre chacun d'eux et le débiteur montre que dans le cas prévu par notre loi 7 § 7, l'exception du Sct. par cela seul qu'elle est opposable à l'un des créanciers correaux ne l'est pas nécessairement à l'autre.

62. — Nous avons dit ensuite que la solution que nous venons de combattre en vertu des principes juridiques, n'est pas davantage commandé par le texte de notre §. Cette allégation deviendrait très vraisemblable si l'on veut bien admettre comme nous le proposons avec plusieurs interprètes qu'au lieu des mots *in patris esse potestate se, verius* etc. » on doit lire *in patris esse potestate, severius*, etc. La simple correction grammaticale de la phrase exige cette leçon. Dans l'autre version le mot *se* n'a aucune raison d'être, car il ne peut être appliqué sans constituer un non sens au sujet de la proposition (*correi stipulandi*), et si on voulait l'appliquer au fils de famille dont il est question, on attribuerait ainsi à Ulpien un grossier solécisme. Tout nous porte donc

à croire que le mot *severius* se trouvait dans l'original, et n'a été scindé en deux parties que par une erreur de copie. Reste donc à voir ce que signifient les mots *severius decendum*, etc. Nous pensons qu'ils doivent se traduire par « il est trop sévère de dire ». Ce qui confirme notre opinion à ce sujet c'est que dans le § 8 (où Ulpien déclare que de deux fils de famille *correi promittendi*, si l'un est réputé *sui juris* par le prêteur, celui-ci ne perdra l'action que contre l'autre) le premier mot de la phrase est *Item*, or si la solution que nous repoussons était celle du § 7, le § 8 devrait commencer non par *Item*, mot qui n'aurait aucun sens, mais par *aliàs* ou *contrà*. Si l'on ajoute à cette remarque de texte les considérations de droit et d'équité que nous avons présentées tout à l'heure, il faudra ainsi traduire notre loi 7, § 7. D : si de deux *correi* un seul sait que l'obligé est fils de famille, il serait trop sévère de rendre son cocréancier responsable de sa mauvaise foi. Nous sommes ainsi amenés à rejeter également quant à la première espèce du texte la décision généralement adoptée et relatée plus haut (n° 57.)

63. — Devons-nous donc déduire du § 7 cette conséquence que le prêteur *correus* de bonne foi triomphera toujours dans son action contre le fils de famille? En droit classique, non; tout dépendra du point de savoir s'il poursuit ou non le premier. Au premier cas il réussira, si au contraire il n'agit qu'une fois que son *correus* a déjà été repoussé par l'exception du Sct., il se verra opposer l'exception *rei in iudicium deductæ*, en effet la *litis contestatio* a déjà éteint le droit d'action; le premier poursuivant l'a épuisé en entier. Depuis Justinien cette solution disparaît, et, quoique agissant le second, le *correus* de bonne foi triomphera, car l'effet extinctif de la *litis contestatio* a été aboli.

Une nouvelle complication peut naître dans l'hypothèse de notre texte s'il y a société entre les créanciers *correi*. Supposons qu'alors le *correus* de bonne foi agisse le premier, pour combien pourra-t-il obtenir condamnation? Pour le tout ou pour moitié? Une question analogue se pose quand l'un des deux *correi socii* consent au débiteur un pacte de non *petendo*. Pour ce cas Paul constate que le *correus* étranger au pacte peut encore poursuivre, mais il omet de dire pour quelle quotité (loi 17. D. II. 14.) Nous pensons que dans les deux cas le *correus socius* qui pour-

suit efficacement n'obtiendra que la moitié de l'objet ; c'est en effet la quotité dont il doit bénéficier en définitive, et dont son associé ne peut lui demander compte par l'action *pro socio* sous peine de se heurter à une exception de dol.

64.—*Second cas.* Loi 7 § 3.—« De même si de deux fils de famille de qui j'ai stipulé avec corréalité la somme prêtée, l'un passe à mes yeux pour père de famille, il faudra distinguer selon que l'un ou l'autre a reçu la somme. Si c'est celui que je savais être en puissance, je pourrai me voir opposer l'exception du Sct. » La règle posée par Ulpien repose sur cette idée que la mauvaise foi du créancier vis-à-vis de l'un des emprunteurs, ne peut lui nuire au regard de l'autre. Mais la façon dont il applique cette règle n'est pas complète. A première vue il semble résulter de notre texte que le prêteur ne peut agir que contre celui des *correï* qui a reçu l'argent, et que s'il agit contre l'autre, bien qu'il le croie *sui juris*, il devra nécessairement échouer. Tel ne peut être évidemment la pensée d'Ulpien. La vérité, c'est qu'en agissant d'abord contre celui-ci, il réussira toujours, qu'agissant au contraire contre celui qu'il savait être fils de famille, il sera repoussé en vertu du Sct. si le défendeur a touché la somme prêtée et triomphera dans le cas inverse. Cette manière de décider est de tout point conforme aux principes généraux de la matière des obligations corréales : on sait en effet que le stipulant peut poursuivre à son gré l'un quelconque des *correï promittendi*, quand même celui qu'il actionne serait étranger au fait qui forme la cause de la promesse à laquelle il a pris part ; par exemple, comme dans notre cas : à la tradition faite d'une somme d'argent. On s'explique facilement d'ailleurs la forme elliptique de la phrase d'Ulpien. S'il ne donne pas la décision complète, c'est que comme le fils *correus* qui n'a pas reçu l'argent prêté ne peut pas (à moins d'une fraude concertée entre lui et son codébiteur, afin de bénéficier de la somme que ce dernier a touchée) se prévaloir du Sct. Macédonien, peu importe à son égard que le stipulant sache ou non qu'il est en puissance, et Ulpien, qui ne cherche qu'à déterminer quelles personnes peuvent invoquer le Sct., n'avait pas à parler du fils de famille qui a promis sans avoir reçu d'argent. Mais pour nous qui étudions la question d'une façon plus générale, il faut dans l'hypothèse dont nous parlons, et pour définir nettement le droit du

créancier, distinguer trois cas : 1° le créancier agit contre le fils de famille qu'il sait en puissance et qui a reçu la somme prêtée, l'exception du Sct. lui est opposable ; 2° il agit contre celui qu'il ne sait pas en puissance et qui a reçu la somme, il triomphera ; 3° il agit contre celui qui n'a pas reçu la somme, qu'il le croie ou non *sui juris*, il réussira dans sa poursuite.

65. — § 2. — Loi 3, § 2. — « Par suite le Sct. n'a pas d'effet contre celui qui n'a pu savoir si son emprunteur était fils de famille, ainsi parle Julien au livre XII de son Digeste, et cela s'applique au pupille et au mineur de vingt-cinq ans. Celui-ci a droit, après examen de la cause, au secours du prêteur, quant à l'impubère *sui juris*, c'est pour une autre cause que le Sct. ne le frappe pas : en effet, s'il livre une somme à un tiers sans l'autorisation de son tuteur, il n'a pas fait de prêt. » Ecartons tout d'abord le cas du prêt fait à un fils de famille par un pupille *sui juris* agissant seul ; comme le dit Ulpien, si l'action lui est ouverte ce n'est pas par dérogation au Sct., mais parce que la remise des deniers n'a pas été une dation translatrice, le contrat étant nul de nullité absolue. Aussi le pupille aura pour réclamer les deniers, non pas la *condictio ex mutuo*, mais la revendication tant que le fils de la famille les a entre les mains ; cela peut être aussi l'action *ad exhibendum* dans ces mêmes conditions (1). Si les deniers ont été consommés de mauvaise foi ; et ce sera toujours le cas, si l'emprunteur est fils de famille, cette dernière action reste possible, mais le pupille peut à la place employer la *condictio sine causa*.

66. — Mais *quid* si le prêteur est un mineur de vingt-cinq ans ? Il existe à son profit une sorte de présomption qu'il ignorait la condition de son emprunteur ; le prêt est valable en soi, car la dation a été réellement translatrice, mais à l'exception du Sct. le prêteur peut opposer cette présomption dont nous parlons. Celle-ci n'est d'ailleurs pas absolue, et voilà pourquoi le magistrat ne délivrera les formules d'action au prêteur mineur de vingt-cinq ans que *cognita causa*, c'est à dire après examen des circonstances. Cette présomption prétorienne est d'ailleurs applicable à toute

1. Cette dernière offre l'avantage de n'exiger pas de la part du demandeur la preuve qu'il était propriétaire des deniers fournis à son adversaire, mais seulement la preuve de la tradition matérielle.

erreur de fait ou même de droit (argt de la loi 9, pr., D, XXII, 6). *Minoribus viginti quinque annis*, dit Paul, *jus ignorare permissum est*, et il ajoute que le magistrat lui vient en aide de façon qu'il soit réputé n'avoir pas prêté à un fils de famille. Le secours dont il s'agit, c'est l'*in integrum restitutio* ; cela résulte de ces paroles d'Ulpien, qui sont rapportées dans la loi 11, § 7, D, IV, 4 : « Si un mineur de vingt-cinq ans prête à un fils de famille, Julien et Marcellus décident qu'il pourra être restitué en entier, car l'intérêt que mérite son inexpérience, dépasse celui auquel le Sct. Macédonien se rapporte. » L'effet de cette restitution sera de faire considérer l'emprunteur au regard du prêteur comme *sui juris*, et dès lors après la *causæ cognitio*, le magistrat délivrera à ce dernier une formule d'action exempte de l'exception du Sct., formule donnée, on le voit sur le fondement d'une fiction. Un autre procédé est possible en matière du *restitutio in integrum*, et dans l'espèce le prêteur pouvait en user : il consiste à prononcer par décret la restitution, il y a là un vrai jugement qui peut être accompagné d'un *jussus* de restituer les deniers, sous peine d'y être contraint par la force. (Argt. de la loi 41, D, IV, 4.) Nous croyons cependant que ce second procédé devait, en notre matière, recevoir rarement application ; les mots précités de Paul, *ut non videatur filio familias credidisse*, semblent bien indiquer l'emploi d'une fiction et par suite la délivrance d'une formule.

67. — Il peut se faire que le prêteur mineur de vingt-cinq ans ait pour emprunteur un fils de famille mineur lui-même : lequel des deux doit être préféré ? Paul nous donne la solution de ce conflit (loi 34, pr., D, IV, 4) : « Dans ce cas, c'est la condition de celui qui a consommé les deniers qui est préférable, à moins qu'il n'ait par là obtenu un bénéfice existant encore au temps de la *litis contestatio* » en principe donc si l'emprunteur a consommé les deniers, le prêteur n'a pas droit à la *restitutio in integrum* et reste exposé à l'exception du Sct. La décision finale de notre texte se justifie pleinement : que l'un des deux mineurs soit préféré à l'autre, cela est naturel quand on ne peut les remettre tous deux dans la même situation que s'ils n'avaient jamais contracté ensemble ; mais si l'emprunteur a bénéficié des deniers après les avoir employés, ou s'il ne les a pas consommés, il ne peut être question sans injustice de lui laisser conserver cet enrichissement au détriment de son

prêteur. Ce motif montre d'ailleurs que ce dernier aura contre son débiteur, non pas la *condictio ex mutuo*, mais la revendication en cas de non-consommation et la *condictio sine causa* si l'emprunteur a tiré des deniers qui lui ont été fournis un bénéfice nouveau ; elle ne réussira donc contre lui que *in quantum locupletior factus est*.

68. — Tout ce qui précède suppose nécessairement que le prêteur mineur de vingt-cinq ans n'a pas de curateur ; s'il en avait un, il serait tout aussi incapable qu'un impubère de prêter sans son assistance, et c'est sans avoir besoin de *restitutio in integrum* qu'il pourrait agir en restitution des sommes par lui livrées, au moyen d'une revendication, d'une action *ad exhibendum* ou d'une *condictio sine causa*, selon les distinctions que nous avons déjà mentionnées plus haut (n° 65).

Remarquons enfin que le droit à la *restitutio in integrum* cessera pour notre prêteur une année utile après qu'il aura atteint l'âge de vingt-cinq ans ou, depuis Justinien, quatre années depuis cette époque.

SECTION IV. — LE FILS EMPRUNTEUR ET LE PÈRE DE FAMILLE SONT TOUS DEUX TENUS « IN SOLIDUM ».

69. — Ce résultat se présentera dans tous les cas où à une époque quelconque le père donnera son assentiment au prêt. Cet assentiment peut être antérieur, concomitant ou postérieur à la passation du contrat : il peut être aussi bien tacite qu'exprès.

70. — § 1. *Adhésion préalable au prêt.*

Elle peut d'abord être tacite et résulter dans certains cas de ce que le père a conféré à son fils un mandat général d'administrer. Un exemple en est donné par la loi 7, § 11, D. *in fine*. « Julien dit que si le père lui-même a préposé son fils à un commerce ou l'a autorisé à gérer les marchandises comprises dans son pécule, le Sct. cesse de s'appliquer parce que le contrat est réputé fait en conformité de la volonté du père préposant ; celui-ci en effet est censé autoriser son fils à accepter la somme par cela même qu'il ne lui défend pas de la recevoir ». Notre texte vise le cas d'un fils *institor* de son père et il implique la même décision pour le cas où le père serait

exercitor et le fils *magister navis* ; le prêteur aura donc contre l'un la *condictio* à titre institoire ou exercitoire, contre l'autre la *condictio sine adiectione qualitatis*.

71. — L'adhésion préalable peut aussi être formelle dans le cas où le père a donné à son fils en puissance l'ordre exprès et spécial d'emprunter. C'est l'espèce prévue par notre loi 12, D., *in fine*. « Si le père ordonne à son fils de recevoir un prêt, changeât-il de volonté plus tard, si c'est à l'insu du prêteur qu'il se ravise, celui-ci ne sera pas lié par le Sct. parce que dans un contrat ce que l'on doit considérer c'est l'origine ». Avant d'expliquer la portée de ce texte, constatons qu'il prévoit d'une façon spéciale le cas où le père de famille a donné son *jussus*. Le prêteur agira donc contre lui par l'action *quod jussu*. Cela dit, nous devons remarquer que la loi 12 dans la partie qui traite du changement de volonté du père de famille s'applique non seulement au cas où le père révoque son *jussus*, mais au cas où il révoque le mandat par lequel il avait confié à son fils la direction d'un navire ou le rôle d'*institor* dans aucun de ces trois cas, en effet, le prêteur n'a commis de faute à livrer des deniers au fils de famille. Notre décision n'est d'ailleurs que l'application de cette règle de la loi 9, pr. D., XXII, 6 : l'erreur de fait ne préjudicie pas à celui qui la commet pour de justes motifs.

72. — Que dans le cas d'autorisation préalable le fils emprunteur et son père soient tous deux tenus *in solidum*, c'est ce qui résulte des principes qui régissent les obligations contractées par un mandataire en puissance. Mais cette solution est explicitement confirmée par la loi 4, C. IV, 28. « Si du consentement de son père tu as prêté de l'argent à un fils de famille, le Sct. sera sans application et tu pourras poursuivre l'exécution du gage que l'emprunteur t'avait conféré, bien qu'il tût dans le patrimoine de son père, et ce droit sera surtout incontestable après qu'il lui aura succédé, réservé le cas où un autre créancier gagiste te serait préféré à raison de la priorité de son titre ». Notre texte suppose le gage conféré par le fils sur un des biens du père qui y consent; si, au contraire, bien qu'autorisant le prêt, le père ne permettait pas la constitution du gage ou de l'hypothèque nous verrons plus tard (n° 103) qu'elle ne peut lui être opposée. Mais pour en revenir à l'hypothèse de notre loi 4, il faut remarquer que ce texte dé-

roge à l'opinion anciennement reçue à Rome : que nul ne peut valablement engager ni hypothéquer ce qui ne lui appartient pas. Il décide contrairement à cette règle fort logique quoique rigoureuse que l'autorisation conférée par le propriétaire à un tiers de donner un droit de gage sur sa chose équivaut à une constitution de gage qu'il ferait lui-même. Cependant le rescrit dont nous parlons montre par ses termes mêmes que cette manière de voir n'était pas sans soulever quelques contradictions, surtout quant au droit d'action reconnu au créancier gagiste du vivant même du père de l'emprunteur. Son droit contre le fils héritier souffrait moins de difficulté, néanmoins il avait dû être auparavant fort contesté. C'était là en effet une des faces de cette question : « Celui qui engage la chose d'autrui est-il tenu hypothécairement sur cette chose si plus tard il l'acquiert, » Papinien donnait au créancier nanti un droit de rétention opposable à la revendication du constituant devenu propriétaire, mais s'il n'avait pas encore été mis en possession le créancier hypothécaire ne pouvait agir pour la réclamer que s'il était de bonne foi lorsqu'il avait obtenu la garantie. Notre texte lui confère l'action hypothécaire sans distinction et telle fut, en effet, la doctrine qui prévalut dans le dernier état du droit (V. loi 5, C. VIII, 16).

73. — § 2. *Adhésion concomitante.*

Loi 12, D. I^{er} alinéa : « Si le père savait seulement que son fils empruntait, il faut dire que cependant la prohibition du Sct. est sans application ». Il y a là un assentiment tacite dont l'application devait singulièrement restreindre la portée pratique du Sct. Cette solution, du reste, peut paraître peu conforme à celle de la loi 1, § 20, D. XIV, 1 qui pour conférer l'action exercitoire distingue nettement selon que le père a consenti à ce que son fils s'obligeât ou qu'il a seulement su qu'il s'obligeait. Mais cette contradiction n'est qu'apparente : autre chose est de remplir une fonction qui comme celle de *magister navis* suppose une délégation expresse, autre chose d'agir pour soi-même. Au premier cas le mandat originaire manquant le père de famille a suffisamment manifesté par son abstention sa volonté de rester étranger à tout acte qui serait passé par son fils dans l'intérêt d'une gestion qu'il n'a pas voulu lui confier. Dans le second cas, un mandat général ne se concevrait guère, le fils empruntant dans son propre intérêt ; l'absence de ce mandat ne constitue donc

pas une présomption aussi forte que dans l'hypothèse précédente, et dès lors, l'abstention du père dans chaque cas particulier de prêt fait à son fils ne peut être prise pour un refus d'y adhérer.

Nous ne reviendrons pas ici sur le cas où il y aurait adhésion concomitante expresse par le moyen d'un *jussus patris*. Nous avons donné (n° 71) déjà des explications suffisamment complètes à ce sujet.

74. — § 3. *Assentiment postérieur.*

Loi 7. pr. C. IV. 23. « Si un fils de famille, en dehors de tout mandat, ordre ou consentement de son père, emprunte de l'argent, et si plus tard celui-ci ratifie le contrat; tranchant une ancienne controverse, nous avons décidé qu'il vaudrait avec autant d'efficacité après cette ratification que si à l'origine il avait été fait sur l'ordre, le mandat ou l'assentiment du père; statuer autrement serait mépriser la volonté de ce dernier et commettre une injustice. Il importe en effet d'assimiler la ratification du père à un mandat, à une adhésion originaire, car notre nouvelle constitution lui attribue un effet rétroactif et confirmatif sur tout ce qui a été fait depuis l'origine de l'opération. Et ces règles doivent s'appliquer dans les rapports des particuliers. »

Examinons d'abord les conditions et les effets de la ratification du prêt fait au mépris du Sct. Macédonien; nous verrons ensuite en quoi consiste la grande innovation que s'attribue Justinien.

75. — La ratification peut être expresse. Elle peut aussi résulter implicitement de certains faits; par exemple le père de famille donne sa chose en gage au prêteur. La loi 7 § 15. D. donne un autre exemple: « Le Sct. sera encore sans application si le père commence à payer la somme empruntée par son fils. » Le créancier pourra donc, après avoir reçu ce paiement partiel, agir contre le père pour obtenir l'excédent, il aura aussi action contre le fils emprunteur. Remarquons cette singularité d'une ratification totale résultant d'un paiement partiel. Nous verrons plus tard ce qui arriverait si c'était le fils qui opérait ce remboursement partiel et nous verrons que la différence des solutions proposées dans ces deux cas est fort rationnelle (n° 113).

Paul indique encore une autre hypothèse de ratification tacite (loi 16. D.): « Si un fils de famille, pendant l'absence de son père, lui écrit qu'il s'est fait consentir un prêt en se donnant comme sou

mandataire, et lui demande par lettre de payer dans la province où il se trouve la somme ainsi empruntée, le père, s'il veut répudier le contrat, doit répondre dans un bref délai par un refus formel. » Dans ce cas le silence du père vaut donc ratification. Et si le prêteur agit contre le fils ou le père de famille, il répliquera victorieusement à l'exception du Sct. Macédonien par l'allégation du silence du père ; et il s'en prévaut par une réplique de dol.

76. — La ratification pourra encore résulter d'une novation par laquelle le père se substituerait, pour être obligé civilement, à l'obligation naturelle résultant pour son fils de l'emprunt primitif. Mais dans ce cas le fils, par le fait même de la novation, cesserait d'être obligé, même naturellement.

Même solution, si par un pacte de *constitut* le père de famille « constitue se pro filio soluturum ». S'il se porte fidéjusseur de son fils ou s'il promet avec lui restitution de la somme prêtée, il ratifiera par cela même le prêt, et tous deux seront obligés. Du chef du père, il y aura encore ratification tacite, s'il renonce en faveur du prêteur au droit d'invoquer contre lui l'exception du Sct. ; ou s'il omet volontairement de la faire insérer dans la formule de l'action délivrée contre lui *de peculio*. Dans ces deux cas, il reconnaît le prêt, mais sans se l'approprier, et s'il en est tenu, ce n'est que dans la mesure où il pourrait l'être pour des contrats valablement passés par son fils agissant seul, c'est-à-dire *de peculio*. Il faudrait cependant décider autrement s'il renonçait à l'exception sur la poursuite dirigée contre lui *in solidum*, et par là même on peut dire qu'il renoncerait à se prévaloir contre le demandeur de la *plus petitio* qui aurait pu lui être reprochée si la renonciation à l'exception du Sct. n'avait pas impliqué de la part du père de famille actionné, adhésion au prêt fait à son fils. D'ailleurs ces solutions sont loin d'être absolues ; tout dans les espèces précédentes dépendra de l'interprétation à donner de l'intention du père de famille lorsqu'il s'est interdit d'invoquer l'exception du Sct. Macédonien.

77. — La ratification rétroagit au jour du prêt : c'est l'application de la règle *ratihabitio mandato equiparatur*. Mais doit-on prendre cette règle à la lettre et décider que la ratification par elle-même enlève aux coobligés du fils emprunteur, à ses fidéjusseurs le bénéfice de l'exception du Sct. ? Non, a-t-on répondu

souvent, car à leur égard, elle a été *res inter alios acta*, le fait seul que le prêt était contraire au *Sct.*, a fait naître à leur profit une exception péremptoire et le droit de l'invoquer est dès lors indépendant, quant à son existence, des actes et de la volonté du père de l'emprunteur (v. loi 62. D. II. 14). L'assimilation de la ratification au mandat ne serait donc vraie dans cette opinion que quant aux rapports du père et du fils de famille avec le prêteur et entre eux. Malgré son apparence spécieuse, ce raisonnement est en contradiction formelle avec la généralité des termes de notre texte, et d'ailleurs, dire que la ratification du père ne peut préjudicier aux coobligés du fils, c'est oublier dans quel but ils ont eux-même accédé à l'obligation de ce dernier : ce but était d'offrir au prêteur une garantie suffisante pour le déterminer à fournir des fonds au fils emprunteur. Ils se sont donc obligés comme lui et dans la même mesure. Sans doute tant qu'il a l'exception du *Sct.*, ils peuvent aussi l'invoquer, mais cela tient à ce que la décision contraire aboutirait à priver l'emprunteur même de cet avantage, puisque ses coobligés ayant dû payer le demandeur, se retourneraient contre lui par l'action *mandati contraria*. Mais cette protection subsidiaire n'a plus de raison d'être quand le fils emprunteur cesse lui-même d'avoir droit à l'*exceptio Macedoniani*, sauf à ses coobligés qui ont remboursé le prêteur, à exercer leurs recours à fin d'indemnité. C'est bien là ce qui se passera dans le cas où le père aura ratifié le prêt.

78. — La ratification, d'après Justinien, n'aurait été déclarée rétroactive que par une Constitution émanant de lui. La vérité est qu'en droit classique cette rétroactivité avait déjà été affirmée par Ulpien et d'autres jurisconsultes éminents dans des termes qui permettent de penser qu'à leur époque elle était déjà reconnue généralement. C'est ainsi que d'après la loi 56, D. V., I. : « Si qui cum « procurator non esset, litem sit contestatus, deinde ratum dominus « habuerit ; videtur retro res in iudicium recte deducta. » Cette opinion était proclamée par l'école Sabinienne, la loi 1., § 14, D. XLIII. 16, le dit formellement et l'attribue à Sabinus et à Cassius, mais cette indication restrictive fait supposer que les Proculiens professaient une doctrine contraire. Supposition d'autant plus vraisemblable, que plusieurs textes la montrent fondée pour un cas particulier, celui où le gérant d'affaires dont la gestion a été ratifiée

veut recourir contre le maître; d'après ces textes il agira par l'action *negotiorum gestorum contraria*, tandis que d'autres appliquant l'idée de retroactivité lui ouvrent l'action *mandati contraria*. En droit, l'opinion Proculienne se fonde sur de sérieux arguments, elle invoque la règle « Quod initio vitiosum est non potest tractu » temporis convalescere, » dont une application rigoureuse avait donné naissance à la *Regula Catoniana*. Vainement les partisans de la retroactivité prétendraient-ils que le prêt a été fait implicitement sous la condition que le père de famille donnerait plus tard son adhésion; et que celle-ci survenant, la condition suspensive est accomplie et à ce titre doit rétroagir. Cet argument est inadmissible; car ceux qui l'invoquent ne peuvent consentir à le soutenir dans son développement logique. En l'invoquant, en effet, on devrait pouvoir dire que tout contrat nul *ab initio* faute d'un élément essentiel à son existence est réputé fait sous la condition que cet élément surviendra; or, personne ne saurait raisonner de la sorte en face de ce principe qu'un contrat conditionnel doit réunir, dès le jour où il se forme, tous les éléments essentiels à son existence. En est-il ainsi du prêt dont nous nous occupons; on ne peut guère le prétendre, puisque quand il est passé il est contraire à l'ordre public. C'est ici le cas de dire avec Scévola (loi 9., D., III., 5) « On ne saurait, sous prétexte de rétroactivité, supposer l'existence d'un consentement qui n'existerait pas originairement. » — Du reste si en droit rigoureux la rétroactivité de la ratification nous paraît peu admissible, il faut avouer qu'elle présente, au point de vue de l'équité et de la pratique, des avantages qui ont dû assez facilement la faire prévaloir. Son triomphe, avons-nous dit, était à peu près complet vers la fin de la période classique et Justinien exagère de beaucoup la portée de son innovation quand il prétend avoir tranché une controverse encore existante de son temps.

79. — En résumé, la ratification du père de famille a dans le dernier État romain un effet absolu quant aux personnes qui peuvent s'en prévaloir et celles auxquelles elle est opposable : le père et le fils emprunteur sont tenus *in solidum* et les coobligés de celui-ci perdent le droit de se prévaloir du Set. Nous verrons plus tard que le fils devenu *sui juris* peut aussi ratifier le contrat, mais on admet généralement que cette ratification est sans effet vis-à-vis de ses coobligés; nous aurons à examiner si cette manière de voir doit

être partagée et si, au contraire, elle ne doit pas plutôt être rejetée comme établissant entre les deux hypothèses de ratification des différences que les principes ne comportent pas (n° 122).

SECTION V. — LE PRÊT N'OBLIGE QU'UNE TIERCE PERSONNE

80. — Loi 7, § 11, D., 1^{er} alinéa : « Parfois bien qu'il y ait lieu à la prohibition du *Sct.*, l'action peut être donnée contre un tiers, par exemple, une personne prépose un fils de famille comme *institor*, celui-ci emprunte en cette qualité ; Julien, au livre XII de son Digeste, dit en effet, qu'alors sans doute l'*institor* pourra se retrancher derrière le *Sct.* s'il est poursuivi, mais que le préposant ne saurait s'en prévaloir contre l'action *institoria* dirigée contre lui. » Cette décision parfaitement juste et logique doit être donnée dans tous les cas où le fils de famille emprunte comme mandataire d'un tiers. Que le mandant soit tenu, rien de plus naturel puisqu'il l'a voulu, ainsi (1). Que le fils de famille ne le soit pas, cela résulte de la prohibition du *Sct.*, car s'il pouvait être poursuivi, peut-être pour se soustraire aux obsessions du prêteur serait-il amené à attenter aux jours de son père. Que si cependant le père de famille a consenti à ce que son fils empruntât comme mandataire d'un tiers, le fils sera bien lié, mais non pas son père. En effet, il ne saurait être question de le poursuivre *in solidum ni de in rem verso* ; et quant à l'action *de peculio* elle suppose que le fils a contracté dans son propre intérêt ou celui de son pécule, et ce n'est pas ici le cas.

1. N'oublions pas cependant que dans le droit ancien ce que nous disons n'aurait pas été admis, et que notre décision ne prévalut que du jour où le mandant put être poursuivi directement par l'action *quasi institoria* ou *quasi exercitoria*.

CHAPITRE IV

DE QUELLE MANIÈRE LA PROHIBITION DU SÉNATUS-CONSULTE D ÊTRE INVOQUÉE

81. — Nous étudierons sous cette rubrique quelle est la nature du moyen tiré du *Sct.* sa forme, contre quelles actions il prévaut, ses caractères et quelles personnes peuvent l'invoquer.

SECTION I. — SOUS QUELLE FORME EST DONNÉ LE SECOURS DU *SCT.*

82. — A s'en tenir à l'idée la plus naturelle et aux termes mêmes dans lesquels le sénatus-consulte Macédonien est conçu, il semble que le moyen qu'il fournit contre le prêteur est non pas seulement un moyen de fond, c'est-à-dire une de ces défenses que le défendeur peut invoquer sans l'avoir fait insérer dans la formule; mais une fin de non-recevoir, grâce à laquelle le demandeur se voit infailliblement refuser l'action par le prêteur. C'est bien aussi ce qui semble résulter de ces mots « ne (illi qui filio familias pecuniam « dedit) actio petitio que daretur » (loi 1, pr., D, XIV, 6). Cette manière de voir est d'autant plus raisonnable qu'ici le prêt est déclaré illicite par le seul fait que l'emprunteur était en puissance; or, ce fait peut être facilement vérifié par le magistrat *in jure* et s'il est reconnu par celui-ci, le demandeur doit être débouté *de plano*. On aurait cependant réservé le cas où l'examen de cette circonstance étant long et peut être compliqué aurait été attribué au *judex*; alors sans doute une action eût été intentée par le prêteur, mais *in judicio* le défendeur eût, par une défense au fond, prouvé que le prêt en question était nul comme contrevenant au *Sct.*

83. — Telle n'est pas cependant la procédure suivie en cette matière, les textes au contraire montrent jusqu'à l'évidence qu'en règle générale c'est sous forme d'exception que le défendeur invoquait le moyen tiré du *Sct.*; tout comme cela se faisait quand il s'agissait pour une femme d'opposer à son créancier le *Sct.-Vel-léien*. C'est là une de ces exceptions « quæ ex legibus vel ex iis

« quæ legis vicem obtinent, substantiam capiunt » (Instit., IV, 13, § 7). Comment expliquer cette singularité? c'est ce que nous devons rechercher en indiquant rapidement les principales théories émises à ce sujet.

Tout le monde convient qu'il s'agit ici d'un procédé exceptionnel. On se trouve rarement en face d'un texte législatif invoqué sous une forme dont le Préteur s'était servi pour déroger aux lois. Le législateur, en effet, avait sur les lois en vigueur le plus large pouvoir d'amendement et de modification. Si une loi était mauvaise, le magistrat ne pouvant la réformer de face pouvait cependant, pour des motifs d'équité et d'utilité pratique, chercher un procédé détourné afin de corriger sa trop grande rigueur, pour cela il créa le moyen de l'exception, et en le créant il rendit hommage au principe dont il tenait à restreindre l'application à certaines hypothèses. Mais comment le droit civil qui pouvait se modifier lui-même d'une manière directe a-t-il usé pour cela dans notre cas, comme dans quelques autres, du procédé de l'exception?

84. — Dans un premier système on propose l'explication suivante : Quand le prêteur demande une formule pour intenter la *condictio* ou bien le magistrat reconnaît de suite que le prêt a été fait contrairement au Sct. et il refuse l'action ; ou bien pour lui cela fait doute et il délivre la formule munie d'une exception. Cette manière de procéder suppose donc qu'on ne peut répondre *de plano* à cette question : l'opération qui sert de base à l'action est-elle faite en fraude de la prohibition du Sct.? — Toute cette explication a sans doute le mérite de distinguer le cas où le moyen tiré du Sct. agit comme fin de non-recevoir et celui où il agit sous forme d'exception, mais elle n'indique pas pourquoi c'est ce dernier mode qui est employé au lieu du procédé plus rationnel consistant en une défense au fond.

85. — D'après un second système, dans la détermination de la manière dont un moyen de défense doit être invoqué, le prêteur use d'un certain arbitraire, tantôt il en fait une défense de fond, tantôt une exception. Dans l'espèce il pouvait faire l'un ou l'autre. Ce qui confirme cette interprétation c'est que, d'après le Sct., l'action était « refusée » au prêteur, donc en soi ce Sct. conférait une défense de fond, si la pratique nous la montre invoquée sous forme d'exception, c'est par suite d'une transformation qui est l'œuvre de

la juridiction prétorienne. Quelque spécieux que soit ce raisonnement, son fondement ne nous semble pas être dans une idée sérieusement soutenable : le prêteur, en créant les exceptions, n'agissait pas sans règles précises ; il n'employait ce procédé que pour atténuer indirectement l'effet des lois ; cela nous est démontré par des textes nombreux et décisifs. Mais quel besoin aurait-il eu d'agir de la sorte dans notre hypothèse puisque le moyen de défense dont nous nous occupons résultait d'un texte législatif. A quoi bon une exception pour confirmer une loi ? Telle est la question que n'auraient pas manqué d'adresser au prêteur les juriconsultes romains généralement si logiques ; et cependant nous ne rencontrons à ce sujet aucune critique dans les textes.

86. — Un troisième système a donc été proposé ; ceux qui le soutiennent raisonnent ainsi : les exceptions prétoriennes contiennent une réaction contre le droit civil (exceptions de dol ou de crainte fondées sur les vices du consentement et destinées à paralyser l'effet que le droit civil donne rigoureusement à telle ou telle obligation).

De même le droit civil se combat parfois lui-même ; tout en respectant un principe général, il y déroge dans certains cas déterminés. C'est ainsi que tout en laissant subsister la règle que la femme, le mineur de 25 ans, le fils de famille peuvent s'obliger librement, il la paralyse pour le cas d'*intercessio*, d'engagement déterminé par dol, de prêt, par les exceptions *Scti. Felleiani, legis Pletorie, Scti. Macedoniani*. Dans ces diverses hypothèses, l'emploi d'une exception a l'avantage de ne pas mettre la solution particulière en contradiction avec le principe général, elle permet de destituer de leur efficacité des contrats qui réunissent tous les éléments de validité nécessaires en droit commun, sans ébranler l'autorité des règles générales sur la validité des conventions et la capacité des parties contractantes.

Ce n'est pas d'ailleurs la seule circonstance dans laquelle on voit le droit civil se corriger lui-même sous une forme prétorienne ; sans revenir sur les autres cas précités d'exceptions créées par le législateur, il nous suffira de rappeler l'établissement au profit de certaines personnes d'une « *bonorum possessio uti ex legibus* » (Gaius, III, §§. 46, 47, 50, 52) ; l'attribution du domaine bonitaire faite par le Sct. Trébellien (loi 63, D., XXXVI, 1) au bénéfi-

ciaire d'un fidéicommiss universel. Enfin le droit civil crée parfois des actions fictices, telles sont celles que le même Sct. donne au fidéicommissaire ou contre lui *quasi heredi aut quasi in heredem* et la *petitio hereditatis fictitia* donnée par un Sct. rendu sous Adrien à l'héritier victime d'une *usucapio pro herede*.

SECTION II. — CONTRE QUELLES ACTIONS EST DONNÉE L'EXCEPTION DU SCT.

87. — La loi 1, pr., D., dit que le Sct. met obstacle au triomphe du prêteur soit dans l'*actio* soit dans la *petitio*. Ces deux mots sont pris ici dans leur sens strict, l'un désignant la poursuite fondée sur un droit personnel, l'autre, celle qui a pour base un droit réel. L'on peut donc affirmer que l'exception est opposable à toute action ayant sa cause dans la numération d'espèces faite à un fils de famille, ou dans des conventions accessoires. Cela est indubitable quand il s'agit de la *condictio certi*, cela s'appliquera aussi à l'action *ex stipulatu* ou *ex vendito* quand les parties auront dissimulé sous la forme d'une vente ou d'une stipulation le contrat prohibé, et quand ce dernier mode aura été employé pour faire accéder à l'obligation des *correi* ou des *fidejussores*.

88. — Quant à une *petitio*, on conçoit mal comment elle pourrait naître d'un prêt, contrat qui ne produit que des rapports personnels. Cependant elle peut se rencontrer dans divers cas. De ce qu'un prêt est nul il n'en résulte pas que l'emprunteur doit s'enrichir aux dépens du prêteur, aussi ce dernier a-t-il le droit de revendiquer les deniers non encore consommés; mais quand la nullité tient à ce que les règles du Sct. Macédonien ont été transgressées, cette action même est refusée au créancier et c'est là ce qu'indique l'expression *ne petitio daretur* et ce qui ressort de la loi 9, § 2, D., d'après laquelle le prêteur ne peut agir efficacement ni avant ni après la consommation des deniers. On peut d'ailleurs voir là une application de la règle. « *In pari turpitudinis causa melior est conditio prohibentis.* » — Une seconde explication du mot *petitio* est celle-ci : il désignerait l'action hypothécaire; si le prêteur agissait pour se faire mettre en possession du bien grevé d'hypothèque à son profit (1) l'exception pourrait lui être opposée. — Cela est exact, mais il est peu probable que ce soit le cas prévu

1. Il faut du reste supposer l'hypothèque constituée pendant que l'emprunteur était encore en puissance, sinon il y aurait dans cette constitution

par le Sct. ; il n'a pas en effet une généralité aussi grande que le précédent et devait se présenter moins facilement à l'esprit. —

SECTION III. — ÉTUDE DE L'EXCEPTION DU SCT. MACÉDONIEN.

89. — L'exception du Sct. est proposée dans l'édit du préteur, car le sénatus-consulte lui impose l'obligation de l'y insérer, on ne doit donc pas le ranger parmi les exceptions données *cognita causa*, non que le préteur doive la donner sans examen, mais parce qu'il reconnaît qu'elle a quelque chance d'être bien fondée, il n'est pas libre de la refuser.

Notre exception est au nombre de celles qui ont un nom et que l'on oppose à celles qui relatent le fait qui leur sert de base. Néanmoins elle n'est pas de ces exceptions dont le nom même désigne l'objet (comme par exemple les exceptions *rei venditæ et traditæ, pacte conventi*). Son nom ne montre pas au juge, s'il ignore les dispositions du Sct., quels faits il doit vérifier. A ce point de vue elle est de la même espèce que les autres exceptions créées par le droit civil : *legis Plætoriæ, Scti. Velleiani*, (etc).

90. — Au point de vue de la division des exceptions en exceptions fondées sur l'équité et exceptions d'ordre public, la nôtre doit être classée parmi ces dernières. Le sénatus-consulte s'inquiète peu de savoir si sa prohibition sera toujours équitable ; c'est un *decretum amplissimi ordinis* qui s'applique sans distinction quand même le prêt serait gratuit et provoqué par les intentions les plus honnêtes de la part des deux contractants. L'exception qui résulte du Sct. ne tend donc pas toujours à repousser la demande du prêteur à raison d'un dol qu'il aurait commis et on devra la mettre parfois au nombre des *exceptiones minus honestæ* dont parle Ulpien (loi 1, D. XVII, 1). Ce qui montre bien quelle est fondée sur des considérations d'ordre public, c'est que le prêt auquel elle s'applique, bien que radicalement nul en bonnelogique, produit cependant par un motif d'équité une obligation naturelle susceptible d'importants effets. C'est d'ailleurs l'application de la règle de la

une ratification valable de l'obligation naturelle, et le créancier réussirait dans l'action hypothécaire.

loi 19, pr., D, XII, 6, d'après laquelle : « le débiteur que la loi ne libère qu'en haine de son créancier n'en est pas moins tenu naturellement, et dès lors ne peut répéter ce qu'il a payé. »

91. — Le principal intérêt de la distinction entre les exceptions d'ordre public et d'équité, c'est que celles-ci seules sont sous-entendues dans la formule des actions de bonne foi. Cela est sans importance en notre matière puisque le prêteur agit par la *condictio*, action de droit strict contre laquelle aucune exception ne peut être invoquée si elle n'a pas été insérée dans la formule. Peu importe donc que la nôtre soit ou ne soit pas fondée sur l'équité. Mais il en serait autrement si le prêt avait été dissimulé sous l'apparence d'une vente : supposé que l'*exceptio Macedoniani* fût d'équité, elle serait sous entendue dans la formule de l'action *venditi*, au contraire étant d'ordre public, elle devra toujours y être insérée. L'omission dans la formule ne sera pas d'ailleurs sans remède, en effet, comme elle est péremptoire, le défendeur, depuis la *litis contestatio* jusqu'au jugement, pourra demander la *restitutio in integrum* à l'effet de faire remanier la formule par le magistrat, qui y insérera l'exception oubliée (Gaius IV, § 125) (1). Et même sous le système formulaire, le défendeur put se prévaloir de notre exception non seulement en première instance, mais en appel.

Remarquons qu'à l'inverse de ce qui a lieu pour les exceptions fondées sur l'équité, l'*exceptio Macedoniani* ne pourra être transformée en exception de dol. Si donc le défendeur a un fait de dol à reprocher au demandeur, et que subsidiairement il entende l'invoquer, il devra faire insérer dans la formule l'exception de dol à côté de celle du Sct..

1. Peut-être se demandera-t-on pourquoi cette *restitutio*, dans une hypothèse comme la nôtre, où l'emploi de l'exception laisse subsister une obligation naturelle. Outre que Gaius ne fait à ce sujet aucune distinction ; il n'y a pas dans cette *restitutio* un fait équivalent à la répétition par l'emprunteur de ce qu'il a payé ; le paiement, en effet, est un acte volontaire, on conçoit donc que la répétition de la somme payée soit interdite ; au contraire quand l'emprunteur est actionné c'est malgré lui, et s'il omet d'invoquer l'exception *in jure*, il est à croire que c'est par oubli et non dans le but de ratifier par une reconnaissance sa dette naturelle. D'ailleurs, son droit d'exciper du Sct., allant jusqu'à l'invoquer sur l'action *judicati*, a fortiori doit-il pouvoir l'opposer pendant la première instance, même *in judicio*.

92. — Notre exception est, de sa nature, perpétuelle et péremptoire : quelle que soit l'époque à laquelle le prêteur agisse, elle sera efficacement invoquée contre lui, et elle entraînera absorption totale du défendeur. Elle n'est cependant pas de ces exceptions péremptoires à propos desquelles la loi 112, D., L. 17, dit qu'il revient au même de ne pas devoir ou de devoir avec une exception perpétuelle. C'est ce que décide, en effet, la loi 40, pr., D., XII, 6. « Celui qui est protégé par une exception perpétuelle peut répéter ce qu'il a payé par erreur ; mais si cela est vrai quand l'exception est établie en faveur du débiteur (comme dans le cas du Sct. Velélien), il en est autrement si elle est donnée en haine du créancier ; c'est ainsi que le fils de famille qui a emprunté contrairement au Sct. Macédonien ne pourra répéter ce qu'il a payé à son prêteur, une fois devenu *sui juris*. » Pour le moment cette indication suffit, nous donnerons plus loin (n^{os} 110 et s.) les développements qu'elle comporte.

93. — Notre exception rentre dans la classe des exceptions *rei coherentes*. Elle résulte, en effet, d'un état de choses déterminé (numération d'espèces faite à un fils de famille), et partout où il se présente elle est invocable par tous ceux qui y ont intérêt : l'emprunteur, son père, ses coobligés. — Ce droit pour les fidéjusseurs est formellement consacré par les lois 9, § 3 et 11, D. Ce dernier texte indique même qu'ils pourront l'opposer sur l'action *judicati*, s'ils ont omis de s'en prévaloir auparavant. Ce droit peut surprendre, car si l'emprunteur est obligé naturellement, rien n'empêche que des fidéjusseurs garantissent valablement l'obligation. Mais si cette proposition est vraie pour les fidéjusseurs qui s'engagent, une fois l'emprunteur sorti de puissance, il faut, comme nous le verrons bientôt, dire que tous les autres bénéficient de l'exception, parce que s'il en était autrement, leur recours contre le fils de famille le lui enlèverait aussi et pourrait indirectement menacer le père de famille dans son existence.

Mais, supposons qu'un de ces fidéjusseurs omette d'invoquer l'exception et paye, est-il privé invariablement de son recours ? Il faut distinguer ; la loi 29, pr., D. XVII, 1, nous montre que s'il connaissait l'exception, son action *mandati contraria* échouera devant une exception de dol *nam dissoluta negligentia prope dolum est*. S'il ignorait que l'emprunteur fût fils de famille et

que lui-même, dès lors, eût droit à l'exception, il aura son recours. En effet, s'il peut invoquer une juste cause d'erreur, il n'y a aucun motif de le traiter avec sévérité, d'autant plus que c'était au débiteur principal de l'informer de l'existence à son profit de l'exception du *Sct*. Ce dernier cas sera d'ailleurs d'autant moins fréquent, que l'erreur de droit ne doit pas être considérée comme une *justa causa erroris* et qu'en cette matière l'erreur de fait n'est pas très vraisemblable.

La personne qui a fourni une sûreté réelle pour le prêt fait à un fils de famille sera traitée comme un fidéjusseur, au point de vue du droit d'invoquer l'exception du *Sct*. Tel est le cas où un tiers a donné un gage ou une hypothèque sur sa propre chose au prêteur. Pour le cas de l'hypothèque, *Gaius* dans la loi 2, D., XX, 3, s'exprime d'une façon qui permet de croire à l'existence d'une controverse, mais pour lui la solution n'est pas douteuse : « Et eadem dicenda sunt in eo qui pro filio familias rem suam obli-
« gavit, quæ tractantur et in fidejussore ejus (1). »

94. — Après avoir étudié les caractères de notre exception, il nous reste à voir comment elle peut se perdre. Nous dirons donc quelques mots de la renonciation à notre exception et de son omission.

En règle générale, il est permis au défendeur de renoncer au bénéfice de l'exception. Mais, dans notre manière, il en est autrement. Sans doute le père de l'emprunteur peut y renoncer et nous avons déjà indiqué (n° 76) les effets de cette renonciation. Mais le fils de famille ne le peut, sans quoi cette renonciation fût devenue de style, et comme par suite le fils aurait pu être poursuivi sans

1. Parmi ceux qui peuvent invoquer notre exception, mentionnons encore le *mandator pecuniæ credendæ* : A. donne à B. mandat de prêter 100 à C. (fils de famille), B. étant repoussé dans la *condictio* qu'il dirige contre C., échouera encore dans l'action *mandati contraria*. A. pourra en effet opposer le *Sct*. sans quoi forcé de payer il se retournerait comme gérant d'affaires contre C.

Étant *rei cohærens*, l'exception *Macedoniani Scti* est opposable par les héritiers de ceux qui y ont droit, et ce, non seulement au prêteur, mais à ses successeurs et à ses cocréanciers. Telle est la décision de la loi 7, § 6, D. « L'action sera refusée non seulement à celui qui a fourni les deniers, mais à ceux qui lui succèdent ; » décision rigoureuse mais nécessaire pour assurer la sécurité complète du père de l'emprunteur, et conforme d'ailleurs aux principes généraux en matière d'exceptions.

merci par son prêteur, le but du Sct. se serait trouvé manqué. Disons toutefois qu'après sa sortie de puissance, comme l'emprunteur peut ratifier, il peut aussi renoncer à l'exception, sauf à réserver le point de savoir si par là-même elle échappera au coobligé du renonçant.

L'exception du Sct. Macédonien est opposable avec tant de force que déjà sous le système formulaire elle pouvait être invoquée pour la première fois en appel et sur l'action *Judicati*. C'est ce que dit la loi 11, D : « Si faute d'avoir opposé l'exception les fidéjusseurs se sont laissés condamner, elle leur sera cependant donnée encore. Et Julien décide qu'il en sera de même pour le fils emprunteur, à l'exemple de ce qui a lieu quand il s'agit d'une femme qui a contracté comme *intercessor*. » A plus forte raison le père pourra-t-il donc l'opposer dans les mêmes conditions.

CHAPITRE V

DE LA SITUATION DES DIVERS INTÉRESSÉS DANS UN PRÊT CONTRAIRE AU SÉNATUS-CONSULTE MACÉDONIEN ET DES EFFETS DONT CE PRÊT EST SUSCEPTIBLE.

95. — Le prêt, s'il n'était pas interdit au fils en puissance produirait comme toutes les obligations contractées par les personnes *alieni juris*, deux effets principaux : 1° il obligerait l'emprunteur pour le tout ainsi que ses *correi* ou ses fidéjusseurs — 2° il donnerait ouverture contre le père de famille à l'action *de peculio*. Avec la prohibition du Sct. ce second effet disparaît ; quant au premier il ne subsiste pas en droit civil, mais nous verrons qu'il reste néanmoins une obligation naturelle susceptible de produire des effets étendus.

Nous allons dire successivement quelle situation crée notre prêt : au père de famille, et au fils emprunteur et à ses coobligés.

SECTION I. — SITUATION DU PÈRE DE FAMILLE.

96. — En dehors des hypothèses déjà étudiées et dans lesquelles la prohibition cesse de s'appliquer, le sénatus-consulte

décide que le père de l'emprunteur n'est tenu en aucune façon de la dette contractée par son fils, il n'existe à sa charge aucune obligation naturelle. De là cette conséquence tirée par la loi 6. C. : « Si ton fils emprunte contrairement au Sct., l'action ne pourra être dirigée avec succès contre toi *de peculio*. »

97. — Cette décision semble cependant contredite par la loi « 1, C, IV, 3. « Neque ex ejus filii persona qui cum sui juris esset « mutuam pecuniam accepit pater ejus si fidem suam obstrinxit « conveniri potest, neque ex ejus, quem in potestate habet si sine « jussu ejus contractum est neque si contra Sct Macedonianum « mutua pecunia data est, amplius quam de peculio sustinere cogitur... »

À la prendre à la lettre cette loi paraît indiquer que le père de l'emprunteur est soumis à l'action *de peculio*. Mais il est certain que la solution de la loi 6, C. IV, 28 est conforme à la logique et au but du Sct. Comment donc alors expliquer la loi 1, C, IV, 3 ? On raisonne généralement ainsi : la particule « si » doit être supprimée dans le passage qui fait difficulté et le sens du texte est celui-ci : de deux choses l'une ou le fils emprunteur est *sui juris* et son père n'est tenu que s'il a lui-même accédé au contrat, ou bien il est en puissance et s'il a emprunté sans l'assentiment du père, mais néanmoins sans enfreindre la prohibition du Sct., le père ne sera tenu que *de peculio*.

Cette suppression est couramment faite dans les éditions allemandes des Codes, et en effet Russardt et Charondas affirment que le mot « si » n'était pas dans les anciens manuscrits — ce qui corrobore d'ailleurs l'opinion en question, c'est la suite du texte. Si le commencement signifiait que le père peut-être poursuivi *de peculio* à raison d'un prêt illicite, on pourrait s'étonner de voir Gordien en conclure que s'il a payé la somme prêtée il pourra la recouvrer avec l'aide du président de la province (c'est-à-dire que le magistrat lui donnera la formule de la *condictio indebiti*) ; et cette décision s'applique aux deux hypothèses prévues par le texte, comme n'impliquant pour le père aucune obligation à raison du prêt fait à son fils. Si telle est la conclusion on doit supposer que la première phrase de la loi ne la contredit pas (1).

1. Nous convenons que cette solution est la nôtre, mais il nous semble qu'on peut la justifier sans rien changer au texte. L'expression *neque si*

98. — Le droit du père de famille à rester étranger au prêt qui a été conclu par son fils contrairement au *Sct.*, est absolu si bien qu'il entraîne à son profit le droit de répéter les sommes que l'emprunteur encore en puissance a remboursées à son créancier.

C'est ce qui ressort de la loi 9, § 1, D : « Si un fils de famille paye le créancier avec une somme qui lui a été donnée, le père peut-il la revendiquer? Julien distingue : si la donation a été faite sous condition de payer le prêteur, la somme est réputée directement transmise du donateur au prêteur qui en devient propriétaire, si au contraire la donation a été faite purement et simplement, le fils de famille n'a pas eu le droit d'aliéner les deniers, et s'il en a disposé, son père peut à tout événement les répéter. » Ainsi les sommes données sans condition à un fils en puissance appartiennent au père de famille, et le paiement fait par le donataire ne peut préjudicier aux droits du véritable bénéficiaire et le dépouiller malgré lui. (1) Ce que le texte dit du cas où le fils aurait payé de deniers donnés sans condition, est également applicable s'ils lui proviennent d'un legs ou d'une hérédité par lui recueillie. Dans tous les cas en effet il y a les mêmes motifs de décider en ce sens. Cette solution ne devra être écartée que si la somme avec laquelle le fils emprunteur rembourse son créancier provient d'un pécule sur lequel il a tous les droits d'un père de famille (biens du pécule *castrense* ou *quasi castrense*, biens adventices dont il a la pleine propriété).

99. — Dans le texte que nous venons d'examiner, Julien accorde la *condictio indebiti* au père d'une façon générale. Marc-Cellus, toutefois, semble contredire cette doctrine dans la loi XII, 1 : « Si un fils de famille a emprunté au mépris du *Sct.*, et s'il a remboursé le prêteur, le père revendiquera les deniers non

n'est pas à notre avis indicative d'une troisième espèce à ajouter à l'énumération précédente, c'est le commencement d'une proposition incidente et elle doit se traduire par « à moins que » elle a en effet le même sens que *nec si* ou *msi*. La fin de la phrase dont il s'agit doit donc s'interpréter ainsi... le père sera tenu de *peculio* du prêt fait à son fils sans son ordre, à moins que de plus il n'ait eu lieu en fraude du *Sct.* Macédonien.

1. Cela n'est plus vrai d'ailleurs, dans le dernier état du droit, car les biens donnés à un fils de famille restent sa propriété à titre de biens adventices; seulement si le père en a l'usufruit le donataire ne pourra l'en priver en disposant des sommes données.

consommés, sans qu'on puisse lui opposer aucune exception. Mais si le créancier les a consommés, il n'y aura plus lieu à la *condictio*, selon Marcellus, parce que la *condictio* se donne lorsque la numération des espèces a été faite, en vertu d'une cause qui aurait engendré une action si la propriété des deniers avait pu être acquise à celui qui les reçoit, or ce n'est pas ici le cas. » Pour résumer ce texte un peu diffus, disons que, selon Marcellus, le père peut bien revendiquer les deniers tant que le prêteur remboursé ne les a pas consommés, mais qu'il ne peut après consommation intenter la *condictio indebiti*, parce qu'une *condictio* après consommation ne peut exister que comme continuation d'une *condictio* déjà née à raison de la numération des deniers. Or dans l'espèce en admettant même que le paiement fait par le fils soit translatif, on ne saurait prétendre qu'il a engendré une *condictio*; en effet, elle est inconciliable avec l'existence (vis-à-vis de l'emprunteur qui paye) d'une obligation naturelle.

100. — Cette antinomie, les opinions divergentes de Julien et de Marcellus sont constatées par Ulpien dans un passage, qui bien probablement a été scindé par les rédacteurs du Digeste, et où il ne prend pas parti. On peut d'abord mettre en dehors de toute discussion le cas de la loi 9, § 1, c'est-à-dire celui où le fils a payé avec des deniers qui lui avaient été donnés sous cette condition, car alors le paiement vaut et fait obstacle à toute revendication avant la consommation; à plus forte raison une fois les deniers consommés la *condictio indebiti* n'est-elle pas possible. La divergence porte sur les autres hypothèses qui constituent la généralité des cas. Peut-on concilier alors nos deux textes? Plusieurs l'ont essayé en prétendant que Marcellus statue pour le cas où le prêteur a consommé de bonne foi, Julien, au contraire pour le cas d'une consommation faite de mauvaise foi. Une telle explication est aussi arbitraire qu'insuffisante. Julien, en effet, donne au père la *condictio ex omni causa* » c'est-à-dire sans distinguer, selon que les deniers ont été consommés de bonne ou de mauvaise foi. D'après d'autres auteurs, Marcellus suppose que le fils a payé *proprio nomine*; Julien suppose, au contraire, le paiement fait au nom du père de famille. A cela Cujas objecte que dans les deux cas le fils paye bien pour lui-même, puisqu'il acquitte un prêt fait dans son seul intérêt; on ne conçoit donc pas qu'il y ait à ce point de vue une distinction possible.

101. — Pour nous la différence des solutions est incontestable : Julien et Marcellus ne distinguent pas selon que le prêteur a consommé les deniers de bonne ou de mauvaise foi. Mais si leurs décisions sont différentes, se contredisent-elles l'une l'autre ? Nous ne le pensons pas, en voici la raison. Dans le texte d'Ulpien qui mentionne les deux solutions, il y a deux parties : 1^o réglementation par Marcellus du droit de répétition du père de famille quand le fils a payé le prêteur avec des sommes tirées de son pécule ; 2^o réglementation par Julien du cas très spécial où l'argent employé à désintéresser le prêteur avait été acquis par le fils emprunteur à titre gratuit. La façon même dont Ulpien présente ces deux solutions prouve qu'elles coexistaient sans se contredire ; sans quoi on ne concevrait guère qu'en les indiquant, il eût omis de dire qu'elles étaient en désaccord et quel parti lui-même adoptait. Toutes deux ont une base différente, mais également rationnelle. Celle de Marcellus se fonde sur la règle générale : la *condictio* ne se donne après consommation que si elle existait déjà en vertu du transport des espèces. Celle de Julien dérogeant au même principe par des considérations spéciales, autorise indistinctement la *condictio* : c'est qu'en effet, tandis que les tiers peuvent légitimement croire que le fils de famille peut disposer à titre onéreux de son pécule profectice, ils ne sauraient lui supposer le même droit sur des deniers qui ne lui ont été donnés que pour devenir la propriété du père de famille. Au premier cas, la concession d'un pécule par un père de famille à son fils invite ceux qui traitent avec ce dernier à tenir pour valables les actes passés ; le prêteur remboursé au moyen des valeurs du pécule peut donc penser que le fils ne le paye qu'avec l'assentiment de son père (1). Au second cas, ce n'est pas la faute du père si son fils a entre les mains des valeurs qui, bien que devant profiter à l'un personnellement, ont dû être livrées à l'autre, puisque le fils était en apparence donataire ; le père ne doit donc pas souffrir de ce fait qu'il ne pouvait empêcher.

1. Ce motif suppose sans doute une consommation faite de bonne foi ; mais dans l'espèce contraire, il reste toujours de la part du père une imprudence de n'avoir pas défendu au fils de payer le prêteur ou de n'avoir pas retiré la concession du pécule.

102. — Le père de famille est protégé non seulement contre le prêt fait à son fils, mais contre les contrats accessoires par lesquels ce dernier aurait conféré une garantie au prêteur, et cela est si vrai que cette protection lui reste donnée même dans les cas où le contrat principal lui est opposable (Loi 7, § 2, 1^{er} alinéa) : « Si un fils, pendant la relégation ou une longue absence de son père a promis une dot pour sa fille (en empruntant à cet effet) et a engagé à son prêteur un bien appartenant au père, le Sct. n'aura pas d'application et cependant le gage constitué sera sans valeur. Cependant si le fils hérite de ce bien et le revendique, l'exception de dol lui sera opposable. » — Ainsi le prêt liera bien le père *de in rem verso*, mais la constitution de gage ne lui sera pas opposable parce qu'il n'y a pas consenti. Peu importe même que la chose engagée fût ou non comprise dans le pécule profectice du fils emprunteur (Loi 6, C. VIII, 16.)

La dernière phrase de notre § 2 devrait être expliquée dans la section suivante, nous préférons cependant en parler ici même pour ne pas scinder l'explication du texte. « Le fils héritier de la chose qu'il a donnée en gage ne peut la revendiquer avec succès : il se heurte à une exception de dol. » Doit-on *a contrario* décider qu'il peut exercer un droit de rétention (s'il a conservé la chose) pour repousser le prêteur dans sa demande afin d'être mis en possession ? Nous ne le croyons pas. Sans doute cette distinction est conforme à la solution donnée par Papinien (loi 1., pr. D. XX, 1) et que nous avons indiquée (n^o 72) plus haut ; mais elle est contraire à l'opinion de Paul qui dans le cas où celui qui a donné hypothèque ou gage sur la chose d'autrui vient à en hériter, déclarait la garantie valable à tous les points de vue. Cette manière de voir triompha vers la fin du droit classique et une de ses conséquences dut être l'abandon de toute distinction en ce qui touche notre cas particulier.

SECTION II. — SITUATION DU FILS DU FAMILLE EMPRUNTEUR. —
DE L'OBLIGATION NATURELLE QUI RÉSULTE POUR LUI DU PRÊT

104. — Malgré l'incapacité dont le fils de famille est frappé d'une façon subsidiaire par le Sct. Macédonien, il existe à sa charge une obligation naturelle. Cela nous donnera l'explication

des solutions suivantes. Etudions-les en les classant sous deux paragraphes. Dans l'un nous rechercherons quels effets produit l'obligation naturelle contre l'emprunteur tant qu'il est en puissance; dans l'autre nous verrons quels sont les effets dont elle est susceptible une fois que l'emprunteur est devenu *sui juris*.

105. — § 1^{er}. *L'emprunteur est encore en puissance.*

La protection que le Sct. accorde au père de famille et l'incapacité dont il frappe par voie de conséquence le fils emprunteur exigent que l'obligation ne produise contre ce dernier aucun effet, et ne puisse acquérir de son chef aucune valeur au point de vue civil. C'est pourquoi tout acte par lequel il chercherait à la ratifier serait aussi dépourvu de validité que le contrat originaire et ne pourrait donner lieu au profit du prêteur qu'à une créance naturelle. Cependant ce principe souffre diverses exceptions, en cas de paiement, de constitution d'hypothèque et de délégation.

106. — 1^o Quand l'emprunteur a payé, il est, dans plusieurs hypothèses, privé du droit de répéter. Nous aurons à dire bientôt que l'existence à sa charge d'une dette naturelle, entraîne pour lui privation de ce droit d'une façon générale quand le paiement a eu lieu postérieurement à sa sortie de puissance. Cette règle a dans notre espèce une portée plus restreinte. Nous avons déjà vu (n^{os} 98 et s.) que le père de famille pourra toujours revendiquer les deniers payés par son fils tant qu'ils ne sont pas consommés; que dans certains cas il pourra les répéter après consommation par la *condictio indebiti*; que dans d'autres, Marcellus lui refuse la *condictio*. Dans ces derniers, le prêteur conserve donc vis-à-vis du père de famille le bénéfice de son remboursement; et il en est de même lorsque le père n'a pas même cherché à rentrer dans les fonds que son fils a consacrés à payer son créancier. Dans ces diverses hypothèses, le prêteur est également à l'abri de toute répétition émanant du fils emprunteur, à quelque époque qu'elle intervienne. C'est ce que décident les textes sans distinguer selon que le paiement a été fait par le débiteur avant ou depuis le jour où il est devenu *sui juris*, loi 26, § 9. D., XII, 6: « Si le fils qui a emprunté contrairement au Sct. paye et que plus tard devenu héritier de son père, il veuille réclamer les écus, sa demande échouera contre une exception. » Cette exception sera sans doute l'exception de dol.

107. — 2^o Une décision de même nature ressort de la loi 7,

§ 2, D. (voir n° 103) dans le cas où l'emprunteur en puissance donne en gage ou à hypothèque un bien appartenant à son père. Que s'il hérite de ce bien, soit qu'il veuille le revendre contre le prêteur nanti, soit qu'il refuse de lui conférer la possession, il échouera au premier cas dans sa revendication contre l'exception de dol et, au second cas, le prêteur triomphera dans l'action quasi servienne au moyen d'une réplique de dol.

108. — 3° Le fils emprunteur qui se laisse déléguer par le prêteur ne peut se prévaloir du Sct. contre le délégataire. Telle est la solution donnée par Paul dans la loi 19, D. XLVI, 2. « Le dol, dit-il, dont le délégué pouvait exciper contre le délégant, ne peut être reproché au délégataire. Et il en est de même des exceptions de même nature ; bien plus, cela doit s'entendre aussi de l'exception du Sct. Macédonien, et le créancier à qui le fils de famille a été délégué par le prêteur en triomphera parce que la promesse dont il se prévaut n'a rien d'illicite. » Et il ajoute (*in fine*) : « Peu importe d'ailleurs que le délégataire soit ou non de bonne foi. » Ces derniers mots demandent une courte explication. La décision précédente est naturelle quand le délégataire est de bonne foi ; car, en droit, il tient la place du prêteur, et nous savons que le prêteur de bonne foi est affranchi de la prohibition du Sct. — Mais s'il est de mauvaise foi, comment donner la même solution ? Paul lui conseille (*etiamsi sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur*) de ne pas sembler connaître la position du délégué. Cela aboutit donc à l'absolution d'un créancier coupable de réticences frauduleuses. Il y a là quelque chose d'injustifiable. Aussi certains interprètes ont-ils cherché à prouver que la doctrine de Paul n'avait pas prévalu, et en sens contraire ils ont invoqué un texte précité d'Ulpien (loi 7, § 7, D. — voir n° 58 et s.) qui, disent-ils, prévoit un cas de délégation et rend l'exception du Sct. opposable au délégataire, par application de la règle du § 6, en vertu de laquelle tout successeur du prêteur peut être repoussé comme celui-ci même. — En vain répondrait-on que la loi 7, § 7 suppose une stipulation intervenue immédiatement après la numération des espèces, et non une délégation ; quand même cette remarque serait exacte, quelle raison peut-on donner de distinguer entre les deux cas : dans l'un comme dans l'autre n'y a-t-il pas eu *Fraus Scto cogitata* ? Concluons donc qu'Ulpien, pour l'hy-

pothèse d'une délégation, était en désaccord avec Paul, et que sa doctrine était beaucoup plus conforme que celle de ce dernier aux principes qui régissent notre matière.

109. — § 2. *L'emprunteur est devenu sui juris.*

Tant que le fils emprunteur est en puissance, nous avons vu qu'en principe il ne pouvait faire valablement aucun acte de ratification; il en est tout autrement quand il est devenu *sui juris*. C'est là une différence toute naturelle, puisque le Sct. ne s'applique qu'aux prêts faits à des fils de famille; qu'en confirmant son obligation notre emprunteur consent à être traité comme s'il avait contracté dans sa pleine capacité et que, d'ailleurs, n'eût-il pas cette intention, il a pu par ses actes nouveaux donner pleine valeur à un contrat dont l'exécution n'a plus rien de dangereux pour la morale et l'ordre public.

La confirmation de l'obligation naturelle peut être expresse ou résulter implicitement de certains actes dont les textes citent quelques-uns. Nous allons les indiquer rapidement.

110. — 1° Le payement fait par l'emprunteur ne peut être répété, eût-il été fait par erreur. Voilà une décision qui indique la puissance de l'obligation naturelle; elle opère sans l'assentiment du débiteur. C'est ce qui ressort de la loi 19, D. XII, 6; le principe est celui-ci : « Qui exceptionem perpetuam habet solutum » per errorem repetere potest. » Mais, ajoute le texte, ce principe n'est pas absolu, et si le droit à l'exception concourt avec l'existence d'une obligation naturelle, la répétition est interdite si d'ailleurs l'obligation n'est pas le reste d'une obligation civile déchue dans l'intérêt du débiteur. Et la loi 40, D., *eod. tit.*, faisant de cette observation diverses applications, continue : « Ubi » in odum ejus cui debetur exceptio datur, perperam solutum » non repetitur, veluti si filio familias contra Macedonianum mutuum pecuniam acceperit et pater familias factus solverit, non repetit (1). »

111. — Remarquons, d'ailleurs, que pour emporter ratification,

1. Voir comme autres exemples les cas suivants : le créancier achète à prix d'argent la sentence du juge (1, C. VII, 49). Le tuteur entrant en fonctions omet de dire qu'il est créancier du pupille. Le créancier se met en possession par violence (loi 23, D. IV, 2).

le payement ou tout autre acte récongnitif doit émaner personnellement du fils emprunteur, car il ne doit pas être, par le fait d'un tiers, dépouillé de l'exception que lui vaut la défaveur où est tenu le prêteur. La loi 8 fait application de cette idée : « Si le payement, dit-elle, a été fait par un curateur ignorant l'existence au profit de l'emprunteur de l'*exceptio Macedoniani*, la répétition est admise. » Paul suppose vraisemblablement que le curateur paye croyant que le prêt a été fait par le mineur de vingt-cinq ans depuis la mort du père et avant la curatelle commencée.

D'ailleurs et à plus forte raison la même solution s'imposerait si le curateur avait payé par suite d'une erreur de droit.

112. — Si tout le monde reconnaît que le payement fait intégralement par l'emprunteur, devenu *sui juris*, est un acte de ratification absolue en même temps que d'exécution, la solution donnée par la loi 7, § 16, D. est, au contraire, fort diversement interprétée. « Si, dit-elle, l'emprunteur devenu *sui juris* paye en partie, le Sct. cessera de s'appliquer, et ce qui a été payé au prêteur ne pourra être répété. » Cette confirmation est-elle totale ou limitée à la portion de la dette déjà acquittée? La première opinion se fonde sur la décision du § 15, en vertu de laquelle le père, qui a payé en partie, ne peut plus, pour le reste, invoquer le Sct. : de plus, les mots *cessabit Sctum* de notre texte ne laissent place à aucun doute. Enfin, dit-on, la ratification est indivisible : reconnaître la dette pour partie, c'est la reconnaître pour le tout, car le débiteur avoue qu'elle est conforme au droit et, s'il en est ainsi, pourquoi le droit du créancier serait-il limité? Pourquoi d'ailleurs traiterait-on plus favorablement le fils que le père, alors que l'un n'est protégé que subsidiairement et dans le but d'assurer la protection de l'autre?

113. — La seconde opinion, à notre avis, préférable, rejette cette argumentation : sans doute le texte dit que le Sct. cessera de s'appliquer, mais *in fine* il explique cette expression en disant : ce qui a été payé jusque-là ne peut être répété. Voilà bien défini le seul effet confirmatif attaché à un payement partiel. — Qu'il en soit autrement lorsque ce payement émane du père, cela tient à ce qu'il reconnaît ainsi la validité d'une cause d'obligation qui jusque-là lui était étrangère aussi bien au point de vue naturel

qu'au point de vue civil (1) ; il s'approprie la cause de la dette, et on ne conçoit guère qu'il puisse la rejeter pour partie. De la part du fils, au contraire, un paiement même total n'est pas une manière de s'approprier la cause de l'obligation ; la dette existe à sa charge sans qu'elle ait besoin d'être reconnue, mais l'exécution dépend de sa volonté : en payant partiellement il exécute partiellement, mais pour le reste de son obligation naturelle il n'a pas entendu abdiquer son droit d'en refuser l'accomplissement. La solution que nous repoussons aurait d'ailleurs un grand inconvénient pratique : il se peut qu'un fils de famille, ayant emprunté à des conditions fort dures, juge de son devoir de rembourser au prêteur ce que celui-ci aurait pu réclamer en vertu d'un prêt consenti dans des conditions honnêtes. — Si ce fait même devait l'obliger à payer le reste, il pourrait bien s'abstenir de rien rembourser du tout, au grand détriment du prêteur. Nous trouverons d'ailleurs (n° 114) dans la loi 9, D., un argument très puissant en faveur de cette opinion.

114. — 2° L'emprunteur sorti de puissance qui donne un gage ou une hypothèque au prêteur est désormais tenu de la dette jusqu'à concurrence de la valeur du bien affecté à cette garantie. — Telle est la disposition de la loi 9, D., qui forme dans l'ouvrage d'Ulpien (liv. 29, *ad Edictum*) la suite de la loi 7, § 16, dont nous venons de parler. Selon la loi 9, § 1, l'acte confirmatif du fils n'a d'efficacité que pour la partie de la dette dont le prêteur peut se payer sur le prix provenant de la réalisation de la chose sur laquelle il a obtenu une garantie. Pourquoi donc en serait-il autrement dans l'hypothèse absolument voisine d'un paiement partiel reçu par le prêteur ? D'anciens auteurs avaient montré quelle bizarrerie il y avait à les traiter différemment. Quelques-uns cependant, avec Voët, voyaient une raison de distinguer dans ce fait que l'emprun-

1. Ce qui prouve que les actes par lesquels le père de l'emprunteur fait sienne la dette de son fils, constituent non des ratifications, mais des appropriations : c'est la loi 11, D. XLVI, 1, qui dit nulle la fidéjussion adjointe par ordre du père au prêt fait à son fils, après la mort de ce dernier, car « il n'y a plus d'obligation même naturelle. Cependant elle vaut pour l'obligation de *peculio* qui peut lier le père. » (Loi 18, D.) De même, en cas de paiement, le père ne ratifie pas, il se charge pour la première fois d'une obligation qui, vis-à-vis de lui, était inexistante.

teur qui donne une garantie réelle n'entend reconnaître son obligation que jusqu'à due concurrence. C'est là un point certain, mais en est-il autrement quand l'emprunteur fait un paiement partiel ? Il faudrait le démontrer, et cela nous semble impossible. Nous nous rangerons même à l'opinion savamment exposée par M. Machelard (*Oblig. natur.*, p. 119) et dans laquelle, si une ratification totale devait résulter d'une exécution partielle, ce serait plutôt dans le cas d'un *pignus* que dans celui de *solutio*. « En effet, dit cet auteur, le droit de préférence sera sans doute circonscrit dans les limites de la valeur du *pignus*, mais il semble qu'on est autorisé à considérer la dette comme ratifiée d'une manière absolue ». Au contraire, celui qui, pouvant ne rien payer, se borne à payer une partie, paraît bien ne pas vouloir se lier civilement pour le complément. Et d'ailleurs, qui ne voit que le droit acquis au créancier par suite de la constitution d'une sûreté réelle excède celui qui lui viendrait d'un paiement partiel ; dans ce dernier cas, en effet, il ne peut que retenir les écus ; dans le premier cas, au contraire, non seulement il a un droit de rétention sur la chose quand il en est nanti, mais il a l'action pour obtenir sa mise en possession. Il serait donc bien singulier qu'un paiement partiel donnât action pour le reste au prêteur, tandis qu'une sûreté réelle ne lui permet d'obtenir que la valeur de la chose qui en est l'objet.

115. — 3° A côté de ces modes de validation indirecte, il en est d'autres dans lesquels apparaît plus explicitement l'intention de l'emprunteur : nous citerons celui où il fait une *expromissio* pour substituer une obligation verbale à l'ancien rapport de droit (v. loi 2, C. IV, 28).

Cette *expromissio* n'est pas traitée au point de vue de la ratification qu'elle entraîne comme un paiement ; cela résulte de la loi 20. D., ainsi conçue : « Si le fils de famille emprunteur fait une *expromissio novatoire*, une fois devenu *sui juris*, l'action *ex stipulatu*, dirigée contre lui, échouera contre une exception *in factum* si la promesse était la conséquence d'une erreur de fait. » Nous avons vu qu'à l'inverse, la somme remboursée par erreur n'est pas sujette à répétition (Voir n° 110). La décision de notre loi 20. D. se justifie difficilement en elle-même ; tout au plus peut-on y voir une application de cette règle que l'exception se

donne plus facilement que l'action, le droit de rétention que la répétition (1). Plus difficile encore est-il de donner une espèce à laquelle la loi 20 soit applicable. Une erreur de fait de la part de l'emprunteur ne se conçoit guère. Doneau a cependant fourni un exemple à peu près acceptable : il faudrait supposer que l'emprunteur, ignorant la mort de son père, est invité par le prêteur qui la connaît, à ratifier son engagement par voie d'*expromissio*. Il y consent, croyant que cette ratification ne l'obligera pas plus au point de vue civil que sa dette primitive. En fait, il s'est trompé, la ratification a été effectuée à un moment où le débiteur pouvait la faire valablement. Pomponius dit que cependant cette erreur ne nuira pas à l'*expromissor* et qu'il pourra opposer à son créancier une exception. Nous concédons volontiers que l'action *ex stipulatu* échouera, mais ce ne sera pas nécessairement contre une exception *in factum* : si en effet le créancier a spéculé sur l'ignorance de son emprunteur, c'est par l'exception de dol que celui-ci se défendra, et l'on ne sera pas dans l'hypothèse prévue par notre texte ; pour que celui-ci s'applique, il faut supposer (ce qui est bien peu vraisemblable) que le prêteur demande à son débiteur de ratifier, le croyant encore en puissance ; alors il n'y aurait pas eu de dol de sa part, et c'est par une faveur du magistrat que l'*expromissor* pourrait opposer à son action une exception *in factum*.

116. — 4° La ratification pourra résulter aussi d'une promesse ou d'une constitution de gage ou d'hypothèque faite par un tiers du consentement de l'emprunteur. Mais il faut que cette fidéjussion ou cette constitution de sûreté réelle n'ait pas lieu à son insu, sans quoi il resterait étranger aux effets de ces actes. Nous verrons bientôt quelle sera la situation qu'ils créeront aux personnes qui les ont faits (v. n° 120 et s.).

117. — Plusieurs fois déjà nous avons dit que la ratification ne peut pas résulter de faits auxquels l'emprunteur n'a pas participé. C'est pour cette raison que nous refuserons, malgré l'autorité de Weber et de Glück (Pandectes, tome XIV, § 900, p. 312.), de voir dans l'obligation naturelle du fils de famille emprunteur une

1. Cette idée est appliquée à diverses reprises par le droit romain. Voir au Digeste les lois 7, § 4, II, 14. — 1 pr. XX, 1, et 10, XL. 7.

cause de compensation. Ces auteurs prétendent que le prêteur devenu débiteur de son propre débiteur peut, devant le juge, demander la compensation de son obligation civile avec sa créance naturelle. Les textes nous conduisent à adopter une opinion contraire. D'après la loi 14, D. XVI, 2 : « Jamais on ne peut invoquer en compensation l'obligation à laquelle le débiteur peut se soustraire au moyen d'une exception ». Ainsi se trouve détruite pour notre espèce l'autorité que l'on voudrait donner à cette phrase d'Ulpien (loi 6, D. XVI, 2) : « Même ce qui n'est dû que naturellement entre en compensation ». Ces mots n'expriment pas une règle absolue et l'expression *venit in compensationem* signifie non pas « doit être », mais « peut-être admis en compensation ». La solution que nous combattons serait d'ailleurs en opposition manifeste avec le but du Sct. qui est de frapper le prêteur en même temps que de protéger le père. Permettre au créancier d'invoquer en compensation sa créance naturelle, ce serait lui donner un bénéfice injustifiable : nous l'avons déjà dit, le prêt, pour devenir civilement obligatoire, doit être confirmé par le fait du fils emprunteur. Et dans l'espèce, non seulement on irait contre cette règle, mais on donnerait au prêteur un droit d'autant plus exorbitant que le Sct. le voit pour le moins d'aussi mauvais œil que le fils emprunteur. Sans doute on lui permet de retenir le paiement qui lui a été fait par erreur ; mais au moins peut-on dire que c'est l'application de la règle « In turpi causa melior est conditio possidentis ». Au contraire dans notre cas rien de pareil n'existe, et il n'y a aucun motif de favoriser le prêteur

SECTION III. — SITUATION DES PERSONNES QUI ONT ACCÉDÉ AU PRET

118. — Ces personnes sont les cautions réelles, les fidéjusseurs, les *mandatores credendæ pecuniæ*. Nous étudierons seulement la condition des fidéjusseurs, car les cautions réelles doivent être traitées d'une manière toute semblable, la loi 2, D. XX, 3, le dit expressément ; et quant aux *mandatores*, leur assimilation aux mêmes fidéjusseurs résulte des textes que nous allons examiner.

Voyons donc successivement : 1° quelle est la condition des fidéjusseurs qui se sont obligés alors que le fils emprunteur était en

puissance ; 2° quelle est celle des fidéjusseurs qui ont accédé à la dette de l'emprunteur déjà *sui juris* (1).

119. — § 1^{er}. *Situation des fidéjusseurs qui se sont engagés pendant que l'emprunteur était encore en puissance.*

D'abord nous dirons quelques mots du fidéjusseur qui s'est obligé, soit contre le gré du fils de famille, soit à son escient, mais dans une intention de libéralité. Aucun lien ne l'unit à l'emprunteur ; contre ce dernier il n'a pas de recours s'il paye le prêteur, et le sénatus-consulte ne pourra donc être tourné si on donne à la fidéjussion ainsi contractée une pleine efficacité.

De là cette solution de la loi 9, § 3, D. : « Si cependant le coobligé accède à l'obligation *animo donandi*, n'ayant pas de recours, il n'a pas droit à l'exception du Set. » Décision fort juste et qu'il est presque superflu de justifier. Nous voulons seulement en déduire la preuve que l'obligation du fidéjusseur qui accède au prêt illicite est en elle-même valable et le lie au point de vue du droit civil. — On a dit souvent qu'il n'y a là qu'une dette naturelle ; c'est une manière de voir singulièrement inexacte. Sans doute l'obligation du fidéjusseur qui s'engage sur l'ordre du fils emprunteur, alors qu'il est en puissance n'a guère plus d'effet que si elle était naturelle, parce qu'elle participe du bénéfice de l'exception Macédonienne. Mais nous voyons par le texte précédent que la solution est toute autre quand le fidéjusseur s'oblige spontanément. Et cependant dans les deux cas la nature de son engagement et les circonstances dans lesquelles il intervient sont identiques. Si donc dans le premier il produit peu d'effet, c'est le résultat de causes extrinsèques. Il ne naît pas paralysé par notre exception, si le fidéjusseur peut invoquer celle-ci, ce n'est que du chef d'autrui ; le titulaire de l'exception vient-il à la perdre, le fidéjusseur le perd par une conséquence nécessaire, et sa dette reprend la force dont un accident l'avait provisoirement privée.

120. — Supposons maintenant que le fidéjusseur s'oblige sur

1. Nous ne reviendrons pas sur les effets de la fidéjussion contractée par l'ordre du père de l'emprunteur, nous avons déjà vu qu'elle emportait ratification absolue du prêt et obligation civile du coobligé, à moins que l'emprunteur ne fût déjà mort lors de la cession du fidéjusseur, auquel cas elle serait nulle vu l'absence de dette principale.

le mandat du fils emprunteur, son obligation est paralysée par l'exception du Sct. (v. n° 93), sans laquelle il pourrait en agissant *ex mandato* contre le débiteur principal lui enlever le bénéfice de la prohibition ; conséquence qui ne saurait être admise. C'est ce qui ressort de la loi 9, § 3, D. Est-ce à dire que la fidéjussion soit dès lors sans effet ? Loin de là. Et d'abord d'après la loi 9, § 4, D. : « Si le fidéjusseur qui s'est engagé pour le fils sans l'ordre du père vient à payer le prêteur, bien que protégé par l'exception perpétuelle, il ne pourra répéter » ; cette décision a donné lieu à une difficulté en apparence insoluble. Ulpien, a-t-on dit, donne (dans le § 3) l'exception au fidéjusseur mandataire parce qu'à raison de l'exécution de son obligation il aurait recours contre son commettant. Dans le § 4 le même jurisconsulte lui refuse la répétition de ce qu'il a payé au prêteur parce que l'obligation naturelle de l'emprunteur suffit à rendre valable le paiement fait en son acquit. Si le fidéjusseur mandataire a payé, il va donc pouvoir agir *ex mandato* contre le fils de famille et le créancier aura triomphé des prohibitions du Sct. Résultat singulier et cependant incontestable, puisque le fils emprunteur a pu valablement donner un mandat et se soumettre à l'obligation corrélatrice de rembourser au mandataire ses dépenses. — A cette argumentation nous répondrons en interprétant le texte d'Ulpien par son rapprochement avec d'autres textes du même auteur. Dans la loi 12, § 3 D., XVII, 1, il pose en principe que le mandat donné par un fils de famille à un tiers de s'engager comme fidéjusseur vis-à-vis du prêteur ne vaut que si le prêt n'est pas contraire au Sct. (1). Cependant il peut se faire que le fidéjusseur s'engage croyant le prêt valable, soit que l'emprunteur se soit présenté à lui comme « *sui juris* », soit qu'il ait cru à une autorisation donnée par le père de celui-ci, etc. Dans ces divers cas il était de bonne foi, et s'est obligé pour rendre service à l'emprunteur,

1. Le texte suppose non pas un mandat donné par le fils emprunteur de se porter fidéjusseur, mais le mandat donné à une personne de faire prêter au fils de famille par un tiers remplissant le rôle de *mandator pecuniæ credendæ*. Pour notre démonstration nous substituons sans scrupule cette dernière espèce à la première ; nous avons vu en effet que les deux sont traitées de même (loi 9, § 3).

il ne peut donc être question de lui dénier l'action *mandati contraria* s'il a payé conformément à son mandat (1). Ulpien le dit expressément dans la loi 29, pr. D., XVII, 1 : « Le mandataire a son recours, s'il a omis, faute de la connaître, d'invoquer l'exception attribuée au débiteur principal. » — Il en est tout autrement du fidéjusseur de mauvaise foi, la loi 12, § 3 vient de nous le montrer ; si donc il paye le prêteur, comme son mandat est nul, aucun recours ne lui sera ouvert contre le fils de famille.

121. — Faut-il aller plus loin encore et décider que le fidéjusseur de mauvaise foi n'a pas le droit d'opposer l'exception à l'action dirigée par le prêteur, nous ne le pensons pas : *stricto jure* il est tenu *ex stipulatu*, et n'étant pas mandataire de l'emprunteur il ne peut lui emprunter ses moyens de défense ; mais on doit ici tenir compte de l'indignité du demandeur comme de la mauvaise foi du défendeur et donner gain de cause à ce dernier en vertu de la règle *in pari turpitudinis causa melior est conditio prohibentis*.

122. — Un second effet de l'obligation du fidéjusseur se produira si l'emprunteur devenu *sui juris* ratifie le prêt ; le mandat donné au fidéjusseur se trouvera dans tous les cas avoir été valable, et désormais il pourra être contraint par le prêteur de l'exécuter. Mais ce second effet est souvent contesté ; beaucoup d'auteurs affirment que le fidéjusseur pourra encore invoquer l'exception. Le fils qui ratifie, passe selon eux un contrat nouveau auquel le fidéjusseur n'a pas participé et dont il ne doit pas subir les effets. En ce sens on invoque la loi 62, D., II, 14. Mais ce texte par lui-même atteste l'existence d'une controverse, et il est absolument contredit par la loi 27, § 2, D. *eod. tit.*, qui confirme absolument notre opinion. En outre la loi 2, C. IV, 28, dit qu'au cas de ratification par l'emprunteur devenu *sui juris*, le sénatus-consulte perd tout effet. Nous avons d'ailleurs montré plus haut (n° 113) que cette ratification s'applique à un contrat préexistant, et ne constitue pas une obligation nouvelle. Cela posé, comment

1. Il faut d'ailleurs supposer qu'il était encore de bonne foi quand il a payé, sinon il faudrait lui appliquer cette autre décision d'Ulpien (29, pr. D., XVII) « si... sciens prætermisit exceptionem.... videtur dolo versari » ; et à raison de ce dol indirect, il serait privé de tout recours.

justifier la solution adverse, surtout lorsque ses partisans eux-mêmes reconnaissent que la ratification du père est opposable aux coobligés du fils?

123. — 3^e Le fidéjusseur s'est obligé dans l'intention de gérer l'affaire de l'emprunteur et sans le consulter. L'exception ne lui compétera pas et son engagement sortira son plein et entier effet. A quel titre pourrait-il prétendre à un recours? Comme *negotiorum gestor*? Mais il n'a procuré en payant aucun avantage au fils de famille; sans doute il a éteint la dette naturelle de celui-ci, mais comme l'accomplissement de cette dette pouvait être refusé par l'emprunteur, son extinction ne lui est matériellement d'aucune utilité. — Toutefois il faut réserver le cas où l'emprunteur viendrait à ratifier le paiement ainsi fait; le recours serait alors ouvert au fidéjusseur en vertu de l'assimilation au mandat de la gestion d'affaires ratifiée.

124. — § 2. *Situation des fidéjusseurs qui se sont engagés après que l'emprunteur était sorti de puissance.*

Le fidéjusseur qui s'engage *animo donandi* sera obligé *jure civili* indépendamment de toute ratification, pour les motifs donnés tout à l'heure (n^o 119).

S'il s'engage comme gérant d'affaires et paye, il n'aura aucun recours, sauf le cas de ratification.

Enfin s'il s'engage *jussu debitoris*, il est lié civilement envers le prêteur; d'autre part, comme le *jussus* entraîne confirmation du prêt, l'emprunteur est également tenu vis-à-vis du créancier, et si le fidéjusseur paye ce dernier, un recours lui est réservé contre son mandant.

CHAPITRE VI

DU SÉNATUS-CONSULTE MACÉDONIEN DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS. — CONCLUSION

125. — L'autorité du Sct. passa en Gaule avec la législation romaine: elle ne paraît pas avoir été ébranlée par l'introduction des

coutumes germanes et franques, car nous voyons Charlemagne en faire mention expresse dans ses Capitulaires (livre VII, n° 304) : « Qui filio familias contra interdicta legum inscio patre pecuniam commodavit, eam nec vivente nec mortuo patre ab eodem poterit postulare. »

La règle du *Sct.* subsista de tout temps dans les pays de droit écrit et elle y comportait la même application, les mêmes exceptions qu'à Rome : on peut se référer aux arrêts du parlement de Provence des 13 juin 1595, 26 avril 1636 et 27 janvier 1699, qui confirment notre dire (Merlin., Rép. v° *Puissance paternelle*, section III, § 3). Le parlement de Bordeaux suivait une doctrine identique, comme le montre un arrêt de règlement rendu le 6 août 1611 (rapporté par Automne, art. 1, p. 6) ; les pays de droit écrit du ressort du parlement de Paris admettaient aussi le *Sct.* Macédonien (V. le célèbre arrêt du 9 août 1692). Il est vraisemblable qu'il en était de même dans le ressort du parlement de Grenoble, bien qu'Expilly cite un arrêt contraire ; il n'en donne ni les circonstances ni les motifs et l'on peut croire que cette décision visait un des cas d'exception déjà reconnus à Rome.

126. — En pays coutumier le *Sénatus consulte* était généralement admis à l'origine, mais il finit par être partout abandonné. — Cette transition lente se remarque fort bien dans les pays coutumiers du Parlement de Paris. Le 24 décembre 1526 ce Parlement, plus rigoureux que le droit romain, avait prohibé absolument la vente à crédit à des fils de famille de denrées ou marchandises, sous peine, pour le marchand, de confiscation et d'amende arbitraire (Papon, liv. XII, tit. IV) (1). — Plus tard, d'autres arrêts moins sévères restreignent la prohibition au prêt d'argent et aux contrats qui en fait le dissimulaient. C'est ainsi que l'arrêt, toutes chambres réunies, du 26 mars 1624, décida que nul ne pourrait « prêter argent aux fils de famille encore qu'ils se disent majeurs et qu'ils mettent l'extrait de leur baptistaire es mains de ceux qui leur prêtent, à peine de nullité des promesses, de confiscation des choses prêtées et de punition corporelle ». Le Parlement ordonnait

1. Mornac, sur le liv. XIV, tit. VI du Digeste, cite un arrêt du 7 mars 1614 qui condamna au bannissement perpétuel un nommé Santeuil qui prêtait à usure aux enfants de famille.

la publication de cet arrêt (ainsi que de ceux précédemment rendus sur la matière) à son de trompe et cri public.

Bientôt après, la jurisprudence dut se relâcher de cette rigueur (1) ; et en 1692 un changement radical déjà consommé nous est attesté par l'arrêt de la Grand'Chambre du 9 août, rendu sur les conclusions conformes de d'Aguesseau. Cet arrêt, qui dit le Sct. applicable aux pays de droit écrit du ressort de Paris, montre bien qu'il en est différemment des pays de coutume.

Au xviii^e siècle, Ferrière déclare d'une façon absolue que le Sct. n'est plus observé en pays coutumier et que le fils emprunteur a seulement, s'il est mineur, le bénéfice de restitution.

127. — La règle prohibitive dont nous avons entrepris l'étude ne survécut pas à la Révolution : le Code civil ne l'a pas reproduite. D'ailleurs de nos jours les parricides sont rares et la limitation étroite du taux de l'intérêt ne laisse plus les emprunteurs à la merci de spéculateurs sans scrupules. Le sénatus-consulte Macédonien n'aurait guère eu de raison d'être ; il est naturel qu'il ait disparu de nos lois.

1. Une preuve s'en trouve dans cette scène de l'*Avare* dans laquelle le Flèche énumère à Cléante les clauses du prêt qu'Harpagon consent à lui faire, ignorant que c'est à son fils qu'il va fournir l'argent : « On fera, dit-il, une bonne et exacte obligation par-devant un notaire, le plus honnête homme qu'il se pourra. » S'il est vrai qu'à l'époque de Molière les prêts faits à des fils de famille se passaient en la forme authentique, c'est que par eux-mêmes ils n'étaient plus prohibés.

TABLE

DES TEXTES CITÉS ET EXPLIQUÉS

*Le signe * indique les textes traduits et commentés avec quelques développements.*

TEXTES LITTÉRAIRES			
HORACE			
Satire II, v. 12 et s..... n°	2	* L. 34.....	67
		L. 41.....	66
		Liv. V, tit. I.	
		L. 56.....	78
		Liv. VI, tit. I.	
TACITE			
Annales, liv. IV, chap. xvi.....	34	* L. 41, § 1.....	24
* Id. liv. VI, chap. xvi.....	1	Liv. XII, tit. I.	
Id. liv. XI, chap. xiii.....	5	* L. 14.....	99
		* L. 30.....	18
		Liv. XII, tit. VI.	
* Vie de Vespasien, chap. xi...	6	* L. 19.....	90, 108
Vie de Domitien, chap. viii....	9	* L. 26, § 9.....	106
JUVÉNAL		Liv. XIV, tit. I.	
Satire II, v. 22 et s. — 43 et s.	9	L. 1, § 20.....	73
		Liv. XIV, tit. V.	
AULU-GELLE		L. 2 pr.....	35
Nuits attiques, IV, x.....	7	L. 5, § 1.....	35
		Liv. XIV, tit. VI,	
MACROBE		* L. 1 pr.....	9, 10, 82, 87
Saturnales, I, chap. vi.....	9	§ 1.....	31
		§ 2.....	30
		* § 3 pr.....	37
		* § 8 <i>in fine</i>	40
		* L. 2.....	40, 41
		* L. 3 pr. et § 1.....	55
		* § 2.....	24, 65, 66
		* § 3.....	12, 13
		* § 4.....	32, 33
		* L. 4.....	17, 27, 32
		* L. 5.....	35
		* L. 6.....	36
		* L. 7, pr.....	16
		* § 1.....	16
		* § 2 pr.....	102, 107
		* § 2 fin.....	103
		* § 3:.....	14, 15
		* § 6.....	93
		* § 7.....	58 à 62
		* § 8.....	64
TEXTES JURIDIQUES			
GAIUS			
Commentaire, IV, § 125.....	91		
PAUL			
Sentences, III, ch. xxi, § 9....	4		
INSTITUTES DE JUSTINIEN			
Liv. IV, tit. VII, § 4.....	50		
Id. Id, § 7.....	4		
Id. tit. XIII, § 7.....	83		
DIGESTE			
Liv. II, tit. XIV.			
L. 27, § 2.....	122		
L. 62.....	122		
Liv. III, tit. V.			
L. 9.....	78		
Liv. IV, tit. IV.			
L. 11, § 7.....	66		

DROIT FRANÇAIS

DE LA VENTE A RÉMÉRÉ

NOTIONS GÉNÉRALES.

I. — Parmi les conditions résolutoires spéciales au contrat de vente le code indique en premier lieu la clause de réméré. C'est la stipulation par laquelle le vendeur se réserve de reprendre la chose vendue, à condition par lui de restituer dans un délai déterminé par la convention ou la loi le prix principal, les frais et loyaux coûts du contrat, les réparations nécessaires et celles qui ont augmenté la valeur des fonds jusqu'à concurrence de la plus-value (art. 1659 et 1673.)

Cette clause commune aux ventes de meubles et d'immeubles, mais qui présente dans ce second cas son application la plus fréquente et la plus importante, indique chez le vendeur qui l'impose à son acquéreur l'intention de rompre le contrat plus tard si les circonstances le lui permettent ; son désir se justifie par la volonté de maintenir dans son patrimoine la chose dont il a été forcé de se dessaisir afin de s'en faire, provisoirement du moins, un moyen de crédit.

2. — A cette volonté du propriétaire qui tend à recouvrer un

bien qu'une nécessité l'a forcé d'aliéner, la loi donne satisfaction en permettant la clause de réméré, laquelle répond à un désir si naturel que les plus anciennes législations l'ont établie sans toutefois lui donner, dès l'origine, l'étendue qui en a fait plus tard un véritable moyen de crédit.

Il importe donc tout d'abord d'indiquer brièvement les règles qui chez les différentes nations ont régi notre pacte et d'en suivre le développement progressif à travers les âges. Cette étude rapide nous fera mieux connaître sa nature et son utilité.

CHAPITRE PREMIER

HISTORIQUE DU PACTE DE RÉMÉRÉ

SECTION I^{re}. — LÉGISLATIONS INDOUE ET HÉBRAIQUE

3. — Une sorte de réméré est établi par la loi de Manou (liv. VIII, § 222). Mais ses règles à cet égard sont à la fois plus larges et plus étroites que les nôtres. — Plus larges en ce qu'elles ouvrent un *jus pœnitendi* aussi bien à l'acheteur qu'au vendeur, et donnent à la clause les avantages combinés du *Pactum displicentiae* et du *Pactum de retrovendendo*. — Plus étroites en ce que la faculté de revenir sur le contrat primitif ne compète aux parties que si la vente a eu pour objet une chose non sujette à déperissement. Le délai pour exercer cette faculté était d'ailleurs fort court. Voici du reste le texte de la loi (Lois de Manou, livre VIII, §§ 222 et 223, trad. Loiseleur Deslongchamp) : « Celui qui ayant acheté ou vendu une chose laquelle a un prix fixé et n'est pas périssable comme une terre ou des métaux, vient à s'en repentir, pendant dix jours peut rendre ou reprendre cette chose. — Mais passé le dixième jour, il ne peut plus rendre ni forcer de rendre ; — celui qui par force reprend ou oblige à reprendre doit être puni par le roi d'une amende de 600 panas.

4. — Plus long est le délai accordé pour le rachat par le Lévitique (chap. xxv, verset 29.), lequel statue « que le vendeur d'une maison d'habitation sise dans l'enceinte d'une ville pourra effectuer le rachat pendant un an ». — La législation Hébraïque (ibid., vers. 27) se montre donc plus large que la loi Indoue, mais elle offre une disposition générale beaucoup plus favorable au vendeur. Elle l'autorise à retirer sa chose même avant l'arrivée de l'année jubilaire sans que ce droit soit limité à un laps de temps déterminé, et moyennant la restitution d'une somme équivalente aux années de jouissance restant à courir jusqu'à jubilé. D'ailleurs tout ce système de rachat repose non pas sur une idée de crédit, mais sur ce principe fondamental chez les Hébreux que « la terre ne peut être vendue à perpétuité parce qu'elle est à Dieu, qui ne fait pour ainsi dire que la louer au possesseur. » C'est pourquoi (verset 24) « Tout le fonds possédé se vendra nécessairement sous condition de rachat. » — Ces règles sont une conséquence logique de cette autre qui résolvait par le seul retour de l'an jubilaire toutes les aliénations consenties pendant les cinquante dernières années. Il est naturel que, pouvant alors reprendre, le vendeur pût sans attendre cette époque retirer à condition de remettre son acheteur dans la même situation pécuniaire, que si celui-ci eût conservé la chose jusqu'à l'arrivée du jubilé. — Remarquons qu'à l'inverse de ce qu'établit la *loi de Manou*, le Lévitique ne permet pas à l'acheteur de contraindre le vendeur au retrait en se départant lui-même du contrat.

SECTION II. — LÉGISLATIONS GRECQUE ET ROMAINE

5. — Il paraît qu'à Sparte les lois de Lycurgue avaient établi le principe de la division du territoire en portions égales, et avaient attribué chacune d'elles à chacun des citoyens par voie de tirage au sort.

Le législateur avait défendu au propriétaire d'accroître ou d'amoindrir sa part, de la diviser ou de la vendre à toujours.

Toute vente de terre était donc faite nécessairement sous condition résolutoire imprescriptible du rachat. Même sous cette forme de telles aliénations n'étaient considérées que comme des expédients permis seulement en cas d'extrême nécessité.

C'est ce que dit Héraclide (*de Politiis*) : *Terram vendere apud Lacedæmonios turpe habebatur*. La disposition qui nous occupe avait été suggérée à Lycurgue par la crainte de voir un petit nombre de citoyens accaparer le sol tout entier, et par l'influence qui en résulterait à leur profit dominer et tyranniser la grande majorité de la nation.

6. — Jusqu'ici, nous n'avons rencontré à propos du droit de réméré que des dispositions non coordonnées, il ne nous a paru fondé que sur des motifs purement spéciaux aux peuples dont nous avons esquissé la législation sur cette matière. Dans le droit romain nous allons au contraire rencontrer une théorie plus complète, plus rationnelle : la clause de réméré s'y présente comme une convention, comme un pacte adjoint au contrat de vente. Nous ne rencontrons cependant à ce sujet dans la compilation de Justinien que quelques textes sans lien entre eux. Ces textes sont même fort ambigus, du moins en ce qui concerne la détermination de la nature du réméré. La loi 12, D., liv. XIX, titre V (*De præscr. verb.*), semble voir dans notre clause une promesse de revente, et dans le réméré lui-même une rétrocession, un nouveau contrat ; la loi 2, C. liv. IV, titre LIV (*De pact. int. empt. et vend.*), paraît au contraire la considérer comme une résolution de la vente primitive. Ces deux opinions se traduisent par les termes employés par nos textes et aussi par les actions qu'ils confèrent au vendeur pour exercer son droit de réméré. — Dans l'intérêt du premier système on peut d'abord argumenter de la qualification donnée à notre clause : on la nomme *Pactum de retrovendendo*, ce qui semble bien impliquer l'idée de revente. Dans la loi 12, D., XIX, V (*De præscr. verb.*), Proculus dit qu'il y a lieu à l'action *in factum* contre l'acheteur. Or dans la doctrine Proculienne, les pactes résolutoires adjoints à une vente, par cela seul qu'ils opèrent, créent un contrat innommé et dès lors une action *præscriptis verbis*. Le vendeur restituant le prix, cette dation oblige l'acheteur à retransférer la chose ; il y a là un contrat *do ut des*. Et en rapprochant cette doctrine du texte précité, l'on est amené à décider que ce que Proculus appelle action *in factum* n'est autre chose que l'action *præscriptis verbis* improprement qualifiée. Car certainement il ne pouvait avoir l'idée d'attribuer au vendeur cette action *in factum* copiée sur l'action *venditi* que les Sabinien n'hésitaient pas à ac-

corder au vendeur quand il s'agissait pour lui d'invoquer un pacte adjoint au contrat (1). — Si les Proculiens semblent voir dans le réméré un *novus contractus*, les Sabinien au contraire n'y trouvent que la résolution du contrat primitif, garantie par l'action *venditi*. — Ces deux manières de voir trouvent leur place dans la loi 2, C., liv. IV, tit. LIV, laquelle donne au vendeur le choix entre l'action *præscriptis verbis*, et l'action *venditi*. Toutefois ses termes semblent impliquer cette idée que le réméré constitue une simple résolution (*ut... res sit inempta*). C'est aussi ce qui ressort de la formule descriptive de notre pacte : *Ut si intra certum tempus... pecunia soluta fuerit... emptio rescindatur*. (Loi 7, § 1, D., l. XX, tit. V, *De distract. pign.*). Voilà bien encore exprimée l'idée de rescision, telle était aussi la pensée d'Ulpien, et ce jurisconsulte déclarait en outre que le réméré était résolutoire non seulement du contrat de vente, mais aussi de la translation de propriété (loi 13, pr., D., liv. XIII, tit. 7, *De pign. act.*) A ce point de vue sa doctrine était en avance sur les théories professées de son temps, et Marcien (loi 7, § 1, D., liv. XX, tit. V) la repousse en invoquant cette règle du droit classique : « La propriété ne peut être transférée *ad tempus*. »

En résumé nous pensons que depuis le rescrit d'Alexandre Sévère (l. 2, Codes, liv. IV, tit. LIV) la nature du réméré ne dut plus être discutée, et que si le vendeur continua à pouvoir agir par l'action *præscriptis verbis* comme par l'action *venditi*, il faut voir dans ce fait une faveur pour lui plutôt qu'une hésitation sur les principes qui nous occupent et qui font du *pactum de retro-vendendo* une simple condition résolutoire.

A côté du pacte de réméré, mais absolument distinct, nous rencontrons le *pactum protimeseos*, qui constitue une promesse de revente de l'acheteur au vendeur ; l'un s'engageant, s'il veut aliéner la chose, à donner la préférence à l'autre, sans cependant pouvoir être forcé par lui de revendre.

1. On a parfois invoqué le mot *transcriberet* qui se trouve dans notre loi pour prétendre qu'elle suppose l'adjonction à la vente primitive d'un contrat *litteris* produisant l'effet contraire. Cela nous semble peu vraisemblable, car s'il en était ainsi, Proculus donnerait au vendeur pour s'en prévaloir non pas l'action *in factum* ni l'action *præscriptis verbis*, mais l'action résultant du contrat *litteris*, c'est-à-dire d'une action nommée.

7. — Quoi qu'il en soit du reste de la nature du réméré, tout le monde admet qu'à Rome il était cessible par le vendeur et transmissible activement et passivement.

Le vendeur pouvait s'il le voulait convenir lors de la conclusion du pacte, que le réméré pourrait être exercé pendant un certain délai. Mais *quid* si les parties ne s'en étaient pas expliquées ? Les uns limitent le délai à 60 jours utiles depuis la vente, par analogie de la solution contenue dans la loi 31, § 22, D., liv. XXI, tit. I (*De ædil. edicto*), sur l'action rédhibitoire. D'autres, avec la loi 23, D., liv. XLIV, tit. VII (*De oblig. et act.*), le restreignent à un *modicum spatium*. A notre avis il était indéterminé jusqu'à l'époque où Théodose II rendit prescriptibles par trente ans les actions jusque-là perpétuelles.

Le droit de réméré étant à Rome considéré comme personnel puisqu'il tendait à la résolution (ou selon d'autres à la formation) d'un contrat, ne pouvait donner au vendeur aucun droit contre les tiers acquéreurs de la chose. C'est ce que montre Pérézius (*Prælect in Cod.*, liv. IV, tit. LIV, n° 15) combattant victorieusement les arguments tirés par Balde des lois 13, D., liv. XIII, tit. VII, et 56, D., liv. XVIII, tit. I (*De contr. empt.*).

Pour exercer son droit, le vendeur, croyons-nous, devait, sur le refus de l'acheteur d'accepter ses propositions, faire des offres réelles suivies de consignation. C'est ce qui résulte de la loi 7, Codes, liv. IV, tit. LIV : *Sed si se (emptor) subtrahat ut rem. retineat, denunciationis et obsignationis remedio contra fraudem potes juri tuo consulere.*

Le retrait accompli, l'acheteur devait restituer la chose et ses accessoires. Quant à la restitution des fruits, certains auteurs l'en dispensaient : pour nous il doit l'effectuer tout comme dans le cas de *lex commissoria* (lois 4, § 4, et 6, D., liv. XVIII, tit. II, — *De leg. comm.*). C'était du reste une règle générale en matière de condition résolutoire adjointe à la vente, comme le montrent les Fragments du Vatican, § 14.

Nous n'insisterons pas davantage sur la théorie romaine du réméré, car nous en retrouverons les lignes principales dans notre législation. C'est donc à l'étude de celle-ci que nous allons passer, en donnant auparavant quelques notions sur le droit coutumier et sur ses règles relatives au sujet qui nous occupe.

SECTION III. — ANCIEN DROIT FRANÇAIS ET TRANSITION AU DROIT ACTUEL

8. — Au moyen âge la vente avec pacte de rachat devint très fréquente, et cela se conçoit aisément, étant donné que l'établissement d'un régime hypothécaire n'avait pas encore créé de moyen de crédit plus pratique. L'admission de la vente à réméré était du reste fort naturelle : sous le régime féodal le fief avait longtemps été inaliénable, et lorsqu'il put être transmis entre vifs, ce ne fut d'abord que sous certaines restrictions. La faculté de rachat dut être, par suite, fréquemment insérée au profit du vendeur ; en l'exerçant, celui-ci se retrouvait propriétaire du fief et reprenait le rang qu'il occupait avant la vente dans la hiérarchie féodale. Tout cela était en parfaite harmonie avec le grand principe de la conservation des biens dans les familles. Bien que pouvant déguiser des contrats usuraires, notre clause était tenue pour licite par le droit canonique ; c'est qu'en effet, en elle-même elle n'a rien que de conforme à l'honnêteté, l'abus seul en est condamnable (Extravagantes, liv. III, titre V, *de Empto*, c. 1 et 11). Elle pouvait être stipulée tant au profit de l'acheteur qu'au profit du vendeur ou des deux conjointement (Petrus Leurenus, liv. III, titre XVII, quest. 254, n° 2).

A notre connaissance, le plus ancien arrêt du Parlement de Paris sur notre sujet date de 1301 (Olim., édition Beugnot, t. III, p. 107 et 108). Il y est parlé d'une vente faite avec clause de rachat au profit du vendeur pour une durée de cinq ans à partir de la convention originaire.

A la même époque, le même pacte existe en Poitou, sous le nom de clause de rescousse et sur le territoire de Loudun où on le nomme droit de r'avoir par grâce ; on voit dans le pacte une sorte de bienfait accordé au vendeur par l'acheteur (Livre des Droitz et Commandemens, n° 588). A Chypre (Livre des Assises de la cour des Bourgeois, chap. xxviii, édit. Beugnot, t. II, p. 257), une clause identique était pratiquée.

9. — Dès ce temps le réméré a déjà un vrai caractère de généralité et il le doit aux diverses influences que nous avons indiquées. Mais l'influence féodale se manifeste plus particulièrement :

à côté de son nom ancien de *retrovenditio*, le réméré porte désormais le nom de retrait conventionnel, et il se relie à la grande théorie féodale des retraits. Ce qui prouve l'existence de ce lien, c'est que le vendeur à réméré étant mort, celui-là est préféré parmi les héritiers pour l'exercice du retrait, qui est membre de la ligne d'où provenait le bien aliéné.

Les coutumes de Paris et d'Orléans ne contiennent pas de dispositions spéciales au retrait conventionnel, mais certaines autres y consacrent un certain nombre d'articles. Les plus explicites sont celles de Poitou, du Loudunois, d'Auvergne, de Nivernais, de la Rochelle, de Normandie. Dans la doctrine, Loysel, Tiraqueau, Brodeau et Dumoulin posent les règles principales du retrait, et c'est à eux que l'on doit recourir pour résoudre les grandes difficultés que présenta jadis la matière.

10. — Sur la nature du droit, la controverse dure jusqu'à Dumoulin. Le réméré devait-il être envisagé comme une revente ou comme une condition résolutoire? Question d'autant plus importante que selon la solution adoptée, on aboutissait à des résultats tout différents quant à la perception des droits seigneuriaux et l'exercice du retrait féodal. Dans le système qui voit dans le retrait une revente, il y a eu deux contrats de vente successifs, le fief (ou la censive) vendu était donc soumis par deux fois au droit de quint (ou de lods et ventes). Telle était la solution donnée par la coutume de Nivernais (titre des fiefs, art. 13). Guy Coquille critiquait cette obligation à un double droit et se rattachait, au contraire, à la doctrine qui fait du réméré une simple résolution du contrat originaire. Telle fut l'opinion de Dumoulin, elle a passé dans notre Code, et nous verrons bientôt qu'elle est parfaitement rationnelle. Elle a pour conséquence la retranslation au vendeur de son droit primitif : il pourra se prévaloir du réméré non seulement contre l'acheteur, mais aussi contre tous les ayants cause de celui-ci. Ainsi tous les droits réels conférés par l'acheteur tombent, une fois le retrait exercé, et il en est de même des baux par lui consentis. Dans ce système il ne pouvait être question, comme dans le précédent, d'ouvrir aux seigneurs des fiefs ou censives le droit aux profits au temps du retrait. Mais comme la vente, avant d'être résolue, avait eu une véritable existence, elle avait donné lieu, à raison de la convention originaire, à la percep-

tion du quint ou du lods et ventes. C'est ce que reconnaissait Dumoulin et Loysel (livre III, titre IV, art. 20). Cependant à ces principes communément admis (Sens, Auxerre, Orléans, Auvergne, Bourbonnais, Troyes, etc.), certains auteurs avaient fait des réserves, Dumoulin notamment (et son opinion fut consacrée par la jurisprudence du Parlement de Paris) décidait que si le réméré avait été stipulé pour un délai n'excédant pas neuf ans, et avait été exercé dans cette période, la vente à réméré n'avait été en somme qu'une sorte de bail à court terme ne donnant droit à aucun profit seigneurial. Que si le délai de retrait excédait neuf années, il y avait là véritable vente donnant lieu aux profits lors de sa conclusion, mais non lors du retrait. Dans les coutumes de Melun, de Berry, de Blois, de Tours et de Reims, une distinction analogue existait selon que le terme de rachat était plus ou moins long que trois ans.

Dans les pays de droit écrit, les Parlements admettaient généralement que la vente donnait ouverture aux profits, mais non le retrait (Salvaing, *des Fiefs*, ch. LXXXV; Maynard, liv. IV, ch. XXXVIII). Le Parlement de Paris reconnaissait cette solution comme exacte en principe pour les pays de droit écrit de son ressort, mais il donnait une règle différente pour le cas particulier où le délai de réméré avait été stipulé moindre de dix ans et où le retrait avait été opéré dans ce délai. Dans cette hypothèse, le Parlement décidait que le seigneur n'avait en définitive droit à aucun profit. Sans doute lors de la conclusion de la vente il avait pu exiger le quint ou le lods et ventes, mais il avait dû en même temps donner caution de le rendre si le réméré venait à être exercé dans les dix ans. Cette façon d'agir était du reste si embarrassante, que les seigneurs préféraient n'exiger les profits qu'après l'expiration des dix années, une fois certains que l'exercice postérieur du retrait ne les contraindrait pas à en faire la restitution (*sic* Henrys, t. II, liv. III, quest. 11). — Enfin, dans la jurisprudence du Parlement de Bordeaux, le seigneur peut exiger les lods, mais il est obligé de les rendre si la faculté est exercée dans le délai stipulé, quelle que soit d'ailleurs sa durée.

En résumé, l'on voit d'après ce qui précède que la doctrine de Dumoulin sur le caractère résolutoire du réméré avait presque partout triomphé; bien que tempérée dans ses conséquences par la

qualité de simple bail à court terme parfois attribuée à la vente faite avec délai fort bref pour l'exercice du rachat. On admit également que si la faculté n'était accordée au vendeur qu'en vertu d'un pacte *ex intervallo*, la vente ayant été d'abord faite pure et simple, le réméré constituait une vraie revente. Cela est très rationnel, car le retrait n'est alors que l'exécution d'une convention indépendante de la première dans son existence. Reprenant son bien en vertu de ce pacte, le vendeur originaire doit donc porter la foi et l'hommage à nouveau, payer les profits seigneuriaux attachés aux contrats de vente : s'il s'agit d'un immeuble, ce bien lui est acquêt, même s'il lui était propre avant l'aliénation primitive, et il reste grevé des droits constitués par l'acheteur. (Domat, livre I, tit. II, sect. 12, n° 8.)

11. — En supposant une clause de réméré faite dans le contrat originaire, ce fut une grande question de savoir si la prorogation postérieure du délai stipulé donnait ouverture aux droits seigneuriaux. D'Argentré, sur l'ancienne coutume de Bretagne (art. 64, nombre 11, *de Laud.*, 12), admet l'affirmative sans aucune distinction. Dans les parlements où les droits sont dus dès le jour du contrat, la prorogation, à quelque époque qu'elle intervienne, n'en produit pas de nouveaux. Enfin Dumoulin (*Des fiefs*, 23, n° 48, et 41, n° 38) fait une distinction : si la prorogation a lieu après l'expiration du terme convenu, elle constitue une promesse de revente et celui qui s'en prévaut doit de nouveaux droits. Si elle est faite pendant le premier délai, de deux choses l'une, ou le délai primitif ajouté à celui de prorogation n'excède pas neuf ans, et alors aucun droit n'est dû (ni pour la vente ni pour la prorogation) ; ou bien l'ensemble des deux délais dépasse neuf années, et alors le droit seigneurial est dû pour la vente mais non pour la prorogation. Nous verrons par la suite que la nature des conventions de prorogation est encore actuellement très discutée.

12. — Le droit de retrait était transmissible du vendeur à ses héritiers. Mais la question de savoir s'il était divisible fut très diversement résolue jusqu'à Dumoulin, qui posa les véritables principes de cette matière. Auparavant certains auteurs disaient : Les héritiers du vendeur peuvent, bien que l'acheteur s'y oppose, exercer le réméré chacun pour sa part. D'autres permettaient à l'acheteur d'exiger un retrait total, et si les héritiers du vendeur n'y con-

sentaient pas, de conserver la chose entière. Dans cette seconde opinion, il y avait encore des distinctions : les uns avec Paul de Castro n'autorisaient un des héritiers à retraire pour le tout, que si tous ses cohéritiers y consentaient ; les autres le lui permettaient sans ce concours, mais s'il exerçait le réméré pour le tout, ses cohéritiers pouvaient en le remboursant exiger de lui la restitution de leurs parts soit de concert, soit individuellement. Quant à la cessibilité du droit de réméré, on ne la contesta point. Mais des difficultés s'élevèrent sur l'interprétation de la clause par laquelle le vendeur se réservait pour lui seul la faculté de rachat. Dans une opinion, il y avait là une simple clause d'incessibilité ; dans une autre, il fallait y voir une stipulation cumulative d'incessibilité et d'intransmissibilité. Dumoulin traça sur toutes ces matières des règles qui ont été reproduites par Pothier et que notre Code a généralement adoptées (*V. Tractatus divid. et individ.*, part. 3, n° 582 à 584). Sa doctrine peut se résumer en ces deux principes : 1° Quand il existe plusieurs covendeurs ou plusieurs héritiers d'un vendeur unique, chacun n'a d'action que pour sa part et l'acheteur peut, s'il lui plaît, ne subir le réméré que pour partie. 2° Néanmoins s'il a acheté pour avoir le tout et qu'il se refuse à conserver la chose partiellement, il peut contraindre le cohéritier demandeur à la reprendre en totalité, sans du reste pouvoir s'opposer à la reprise totale qu'il a exigée, pour ce motif que le cohéritier l'exerce de son chef et sans que ses cohéritiers lui aient permis d'agir pour eux en même temps que pour lui. Nous verrons (n° 168) que, dans une opinion, l'article 1670 du Code civil a modifié en partie cette seconde proposition. (M. Bugnet sur Pothier, t. III, p. 164, note 1.)

13. — Quant au délai pendant lequel le réméré peut-être invoqué, il existe des controverses et des solutions nombreuses et divergentes. Faute de convention spéciale, certains glossateurs fixent ce délai à trente ans (Pothier, *Vente*, n° 433. Coutume de Paris, art. 120; d'Orléans, art. 269. Despeisses, tit. 1^{er}, sect. 6, § 8, n° 12), d'autres à quarante ans (c'était la règle dans le ressort des parlements qui admettaient la prescriptibilité de l'action hypothécaire par quarante ans); enfin certains le disent perpétuel (Pierre Lauren, liv. III, tit. XVII, question 254, n° 3). Mais même si les parties avaient fixé un délai, on se demandait jusqu'à quel moment le vendeur

pourrait retirer. Il semble assez naturel de faire cesser cette faculté au moment où le délai convenu expire. Cependant telle n'était pas la décision généralement donnée : le délai périmé, le vendeur pouvait encore retirer tant qu'un jugement de déchéance provoqué par l'acheteur n'avait pas été rendu ; faute de sentence de déchéance, il conservait la faculté de réméré pendant trente ans depuis le contrat. Cette sorte de mise en demeure fut déclarée nécessaire par un arrêt de la 5^e chambre des enquêtes de mars 1650 (cité dans Leprêtre), et cette décision passa dans la doctrine des commentateurs (Brodeau sur Louet, lettre V, sommaire 12. — Henrys, t. II, l. III, question 11). Telle fut aussi la jurisprudence du parlement de Toulouse (Despeisses, I., p. 67, n° 7). Il y avait même dans le ressort de Toulouse cette dérogation au droit commun : que les parties n'avaient pas le droit absolu de restreindre à moins de trente ans le délai de réméré. Voici en quoi consistait au juste cette dérogation : les parties stipulaient par exemple un délai de dix-huit ans ; une fois ce délai expiré, le vendeur pouvait toujours, en demandant des lettres de prorogation, faire porter jusqu'à trente ans le délai primitivement consenti. Le parlement entérinait les lettres et la convention originaire se trouvait changée. Ce n'est donc qu'autant que le vendeur n'avait pas sollicité ces lettres que l'acheteur pouvait faire prononcer contre lui un arrêt de déchéance (Voir Maynard, l. IV, ch. xxxix). Le système des arrêts de déchéance ne triompha pas cependant par toute la France, et Valin, sur la coutume de la Rochelle, cite un arrêt du 18 août 1747, prononçant que la déchéance du vendeur avait eu lieu de plein droit à l'expiration du délai stipulé. C'est aussi la disposition de la coutume de Poitou (art. 363 et 366) et la solution donnée dans le ressort du parlement de Normandie, conformément à l'article 109 du règlement de 1666. Au parlement de Grenoble (Expilly, Arrêts, ch. xciv) le délai ne peut-être étendu au delà du terme convenu, à moins que l'acheteur n'y consente expressément.

Reste encore une question sur laquelle notre code s'est formellement expliqué, mais qui souffrait difficulté dans l'ancien droit : la vente étant supposée rescindable pour lésion d'outre moitié, le délai de réméré court-il en même temps que le délai de restitution, ou bien celui-ci ne commence-t-il à courir qu'une fois le premier expiré ? Au parlement de Paris cette seconde solution prévalut (Louet, Arrêts :

lettre R., som. 46), mais la première fut plus généralement suivie, et c'est elle que le code a consacrée (*sic* Parlements de Toulouse, Bordeaux, Rouen).

Ce que nous venons de dire montre que le délai de réméré était le plus généralement de trente ans, et sa longue durée était de nature à rendre bien instable la propriété de l'acheteur. Mais elle est facilement explicable si l'on considère que les ventes à réméré s'employaient fréquemment pour dissimuler des prêts à intérêts et sur nantissement ; le long terme accordé au vendeur tendait surtout à lui permettre de se dégager des liens de semblables contrats. Nous aurions à donner sur ce point d'assez longues explications, mais pour ne pas scinder l'étude du contrat pignoratif, nous préférons les renvoyer au chapitre où il sera traité de cette matière (n^{os} 43 et s.)

14. — Pour terminer cette rapide étude de la vente à réméré dans l'ancien droit, nous allons en peu de mots indiquer une sorte de vente qui s'en rapproche beaucoup et qui était fort usitée dans certaines coutumes de Flandre telles que celles de Saint-Amand et du bailliage de Tournai. C'est la vente à titre de mort-gage. Le mot mort gage est synonyme généralement d'antichrèse ; cela étant, il est difficile de concevoir tout d'abord une aliénation à titre de mort-gage. C'est bien cependant le double caractère de cette opération. Elle consistait dans une aliénation que le vendeur faisait de sa chose pour 99 ans en réservant à ses héritiers le droit de la reprendre à l'expiration de ce terme en remboursant le prix. Il y avait bien là une véritable vente à réméré, les termes employés, le but, les formes de la convention, la nécessité de la publier (comme tout contrat translatif de propriété dans les coutumes flamandes) le prouvent avec évidence. La seule objection dont cette opinion soit susceptible est tirée du terme d'emmorgement employé pour qualifier notre opération. Sans doute le mot mort-gage désignait à l'origine l'antichrèse, mais il avait fini par perdre dans bien des endroits son sens primitif. Le mort-gage ancien avait été prohibé comme cachant une convention usuraire, et à cette époque on considérait comme telles toutes celles qui tendaient à procurer à un prêteur des intérêts en argent ou en nature. Le mort-gage fut ensuite réadmis dans le cas où il tendait à obtenir par voie d'emprunt des sommes destinées à l'établissement des enfants. « Avec

le temps, disait M. Thellier de Poncheville (1), ce mort-gage-donation fut considéré comme translatif de propriété, et l'expression elle-même devint synonyme de celle de faculté de rachat. C'est en cet état que les praticiens du pays de Saint-Amand s'en sont emparés pour l'appliquer à la vente. » Et ce ne fut pas là une simple question de mots. Si en fait il y avait là une aliénation à pacte de rachat, grâce à l'étiquette dont on la couvrait, on pouvait prétendre qu'elle ne constituait pas une transmission de propriété, que la convention n'était qu'un bail à long terme, et de là on tira cette importante conséquence que la perception du quint ou du lods et ventes ne devait pas avoir lieu.

15. — Lors de la Révolution l'on sait que les représentants des idées nouvelles se montrèrent fort défavorables aux retraits qui frappaient d'une fâcheuse incertitude les transmissions de propriété. Leur désir de morceler la propriété foncière dut également les décider à abolir ces retraits qui contribuaient puissamment au maintien des grands patrimoines fonciers dans leur pleine intégrité. Le retrait lignager disparaît, le retrait de mi-denier et bien d'autres ont le même sort. Le Code n'a maintenu les retraits que dans les cas spéciaux des articles 841, 1408, 1699. Quant au réméré ou retrait conventionnel, le Code le consacre aussi, mais après une réelle hésitation. Dans les trois projets qui furent successivement présentés à la Convention et au conseil des Cinq Cents, Cambacérès proposa de prohiber la faculté du rachat. Le législateur de 1804 ne crut pas devoir agir ainsi, et se contenta de poser en cette matière de graves restrictions au principe général de la liberté des conventions. Nous aurons à rechercher à la fin de notre étude si le maintien du retrait conventionnel doit être approuvé.

CHAPITRE II

NATURE [ET CARACTÈRES DU DROIT DE RÉMÉRÉ

SECTION I. — LE PACTE DE RÉMÉRÉ EST UNE CONDITION RÉSOLUTOIRE

16. — Nous avons déjà donné la définition de la vente à réméré (n° 1) tirée des articles 1659 et 1673 du Code civil. Nous re-

1. (Mémoire sur la vente à titre de mort-gage (*Journal officiel*, 27 avril 1878, p. 4467.)

marquerons que ces textes indiquent clairement la nature purement résolutoire du réméré, et cela même rend plus frappante l'impropriété de l'expression « faculté de rachat ou de réméré », laquelle semblerait impliquer l'idée de revente, de contrat nouveau. Nous avons vu qu'au contraire les coutumes avaient employé pour désigner notre clause les mots « retrait conventionnel » par opposition au retrait lignager aujourd'hui disparu. Ces mots servaient aussi à désigner le pacte de préférence. Il nous semble donc peu opportun de les substituer d'une façon absolue à ceux dont se sert notre code, puisque leur emploi pourrait prêter à certaine confusion ; après avoir mentionné le manque de propriété des termes de rachat et de réméré, nous pourrions nous en servir sans scrupule comme d'ailleurs tous ceux qui ont fait l'observation précédente.

La vente à réméré est donc, disons-nous, une vente sous condition résolutoire. Cette condition est potestative et néanmoins la validité du contrat auquel elle est jointe n'est pas une dérogation au principe de l'article 1174. Ici le lien existe entre les deux contractants et de plus la faculté de réméré n'est pas purement potestative ; il se peut en effet que, malgré son désir de le faire, le vendeur ne puisse pas arriver à se procurer la somme nécessaire au rachat. Cela revient donc à dire que notre condition est casuelle dans une certaine mesure.

Par l'exercice du retrait, la vente se trouve rétroactivement effacée avec toutes ses conséquences ; c'est l'application du grand principe de l'article 1183. Par une notable exception cependant, les baux conclus par l'acheteur sont opposables au vendeur retrayant ; mais c'est là une dérogation à la règle générale, dont nous donnerons les motifs plus tard (n° 234) et qui ne saurait exister sans un texte formel.

La loi du 22 frimaire an VII (art. 69, § 2, n° 11) ne considère pas le réméré comme une revente, car elle ne frappe l'acte qui le constate que d'un droit de 0. fr. 50 par cent francs. Mais il n'en est ainsi que quand le réméré a été exercé dans le délai primitivement fixé. S'il ne l'est qu'après l'expiration du terme en question, l'article 69, § 7, n° 6 l'impose au droit de 4 francs par cent francs, droit porté par la loi du 28 avril 1816 à 5 fr. 50 par cent francs (art. 52). C'est qu'alors en effet il ne s'agit plus de l'exercice de la faculté de rachat, comme le dit M. Demante (*Principes de l'enregistrement*, 3^e édition, t. 1^{er},

p. 180 et s.), il s'agit d'un retour consenti à nouveau par l'acheteur au vendeur, d'une pure rétrocession. » — En résumé, le réméré devra être considéré comme une vente nouvelle: 1^o Quand le contrat ne l'ayant pas réservé primitivement, il est effectué en vertu d'une stipulation postérieure. Dans cette convention, on rencontre donc une promesse unilatérale de revente faite par l'acheteur à son vendeur; 2^o Lorsque le délai originaire aura été d'un commun accord prorogé par les parties avant son expiration. Ce second cas est fort contesté et nous ne l'admettrons pas sans quelques restrictions (n^o 128 ets.)

18. — On peut concevoir une clause qui est l'opposé du réméré et par laquelle l'acheteur se réserverait le droit de forcer le vendeur à lui rembourser son prix à condition par lui-même de restituer la chose dans un délai fixé. Cette convention est parfaitement valable, c'est également une condition résolutoire adjointe à la vente; celle-ci n'est alors qu'une vente à l'essai, entendue comme elle l'était à Rome et la clause en question est un véritable *factum displicentiae*. Nous n'assimilerons cependant pas cette vente à la vente à l'essai française, car cette dernière (art. 1588) est toujours réputée faite sous condition suspensive. Quoi qu'il en soit, le pacte dont nous parlons n'étant pas une faculté de réméré, ne peut être assujéti à l'application des règles spéciales à celle-ci (limitation du délai à cinq ans, etc.) Telle est la décision de la cour provinciale de la Hollande méridionale du 19 décembre 1849, (D. P., 1853, V p. 468), et c'est dans le même sens que dispose le Code civil autrichien, (art. 1071 et suiv.)

Nous avons vu que la clause de rachat est l'accessoire d'un contrat de vente; elle peut également se concevoir adjointe à un échange. C'est la conséquence directe de l'art. 1707. — Nous supposerons toujours le premier cas, car le second n'a guère d'importance théorique spéciale et se conçoit même assez difficilement en fait.

SECTION II. — LA CLAUSE DE RÉMÉRÉ EST L'ACCESSOIRE D'UN CONTRAT DE VENTE

19. — Notre clause étant jointe à une vente, celle-ci pour valoir doit réunir toutes les conditions de validité d'une vente pure et simple. — Rien à dire en ce qui concerne la nécessité d'une cause

licité, mais plusieurs remarques sont à faire quant au consentement des parties, à leur capacité et à l'objet de la convention. Nous compléterons nos observations par l'étude des modalités de la vente à réméré et de la transmissibilité entre vifs ou à cause de mort du droit qui en résulte pour le vendeur.

20. — ART. 1^{er}. Du consentement des parties.

Les parties ont dû être d'accord pour faire une vente sérieuse; sinon, les tribunaux auront toute latitude pour rechercher si elles n'ont pas entendu déguiser sous cette forme un contrat de prêt.

Il nous suffit quant à présent de poser cette règle. Nous la développerons bientôt (n^{os} 50 et s.) avec toutes ses conséquences, lorsque nous comparerons la vente à réméré avec le contrat pignoratif.

21. — ART. 2. De la capacité des parties.

Nous n'avons pas à revenir ici sur les incapacités de vendre ou d'acheter qui sont de droit commun, elles s'appliquent sans nul doute à la vente à réméré. Celle-ci sera donc nulle entre époux et entre un mineur et son tuteur (art. 1595, 1596, 450.)

Mais n'existe-t-il pas à l'encontre des personnes capables en général de vendre ou d'acheter certaines incapacités spéciales résultant de la jonction au contrat d'un pacte de rachat? Ceci nous amène à examiner deux hypothèses assez délicates.

22. — La première se réfère à l'application de l'article 1595. Ce texte déroge dans trois cas à la prohibition de la vente entre époux. Ces trois exemptions ont un même objet : permettre aux époux de se remplir de leurs droits ou d'éteindre leurs dettes l'un en vers l'autre au moyen de dations en paiement. Une vente à réméré consentie dans ce but par l'époux débiteur à son conjoint doit-elle bénéficier d'une semblable faveur? Non, disent certains auteurs, car au moyen de notre clause, l'époux pourrait retirer sa dation en paiement et par là rétablir son ancienne dette. — Cet argument ne nous semble pas convaincant : en effet, pour reprendre son bien le conjoint vendeur devra rembourser à l'autre le prix de vente (art. 1673), c'est-à-dire l'espèce, la somme dont il était débiteur. Il substituera un paiement en argent à la dation faite tout d'abord. Il n'y aura donc pas là une résiliation nuisible au conjoint acheteur, puisqu'elle ne lui enlèvera la satisfaction par laquelle sa créance devait se trouver rationnellement éteinte.

23. — La deuxième hypothèse comprend deux cas bien distincts.

Le premier vise la vente à réméré d'un bien de mineur. La seconde se rapporte à la vente à réméré faite à un mineur.

23 *bis*. — 1° Un bien de mineur peut-il être vendu à réméré ? — Non, disent MM. Troplong (n° 707), et Duvergier, t. II, n° 17), parce que « les aliénations de ces biens sont assujetties à des formes qui repoussent une pareille stipulation. » L'argument précédent n'est pas, à notre avis, péremptoire. De ce que la loi a limité les cas dans lesquels le conseil de famille peut autoriser la vente des immeubles des incapables, il ne résulte pas qu'elle lui ait enlevé le droit d'apprécier les conditions de la mise en vente. Ajoutons que le législateur, par cela même qu'il autorise la vente pure et simple, permet la vente à réméré, car à la faveur de cette clause, il est très possible que le mineur vienne à recouvrer plus tard son bien, ce qui sera parfaitement conforme à cette intention de la loi que la fortune immobilière de l'incapable, à raison de sa stabilité, lui soit conservée autant que faire se peut et ne subisse pas de transformation. — Ni les formes par lesquelles le conseil de famille autorise le tuteur à procéder à l'aliénation, ni celles de l'homologation judiciaire de cette autorisation ne répugnent à l'introduction dans la vente d'un pacte de réméré. — Dira-t-on qu'il en est autrement du droit résultant pour l'acquéreur de l'adjudication, forme nécessaire des ventes de biens de mineur ? Cela n'est pas vraisemblable. Un adjudicataire peut fort bien se trouver soumis à l'effet d'une condition résolutoire : tel est le cas où il a acquis dans une vente sur saisie immobilière un immeuble que l'exproprié avait reçu par donation, lorsque cette donation vient à être réduite ou révoquée dans les cas des articles 954 et 960. Pourquoi n'en serait-il pas de même lorsque la condition résolutoire consiste dans l'exercice d'un réméré ? La faculté étant réservée lors du contrat, si l'adjudicataire ne voulait pas la subir, il n'avait qu'à ne pas se porter acquéreur. Notre opinion est donc que la clause de rachat peut être insérée dans la vente des biens de mineur. Mais nous reconnaissons volontiers que cela n'a aucun intérêt pratique et ne peut guère présenter d'utilité pour les mineurs ou interdits. Car de deux choses l'une : ou la vente a lieu pour cause d'avantage évilent, et alors la clause ne se conçoit guère, ou bien elle est motivée par une nécessité absolue, et alors,

si le mineur attache à son bien un prix d'affection, ne vaudra-t-il pas mieux pour lui le grever d'hypothèque (1) ?

24. — 2° Un mineur peut-il acheter un bien à réméré ? Pothier (n° 386) rappelle à ce sujet l'opinion négative professée par d'anciens docteurs pour cette raison que notre clause est inconciliable avec les règles concernant l'aliénation des biens de mineurs. Ces règles, disaient-ils, veulent qu'elle ne puisse se faire sans un décret du juge. Or, en achetant sous clause de réméré, les mineurs s'engageraient à revendre le bien sans les formes prescrites. A l'appui de leur dire, les auteurs invoquaient les lois 7 Cod. *De prædiis minor*, 1 et 2 Dig. *De rebus eorum qui sub tut.*, qui déclarent nulles les conventions par lesquelles un mineur renonce à une donation ou hypothèque le bien qu'il a acquis au vendeur pour lui garantir le paiement du prix (Facchinée, liv. II, contro. 3). — Tout d'abord, nous croyons que ces textes ne sont rien moins que probants. Le premier suppose une renonciation intervenue *post intervallum*, mais il ne dit pas qu'en faisant la donation, le donateur n'avait pas le droit d'en régler les conditions ; bien au contraire, il pouvait « quem volebat liberalitati suæ modum apponere ». Or, dans notre hypothèse, le vendeur appose une condition à son aliénation et cette condition est dans son événement absolument indépendante de la volonté de l'acheteur, mineur ou non ; on ne peut donc pas l'interpréter comme une renonciation de sa part. Les deux autres textes invoqués ne fondent leur décision que sur une pure subtilité, la loi 2 le dit formellement ; et on les tournait en faisant confirmer la convention dont il s'agit par le prince. Dès lors ces lois ne sont pas applicables en France, aujourd'hui que le législateur a suivi les principes de l'équité sans reproduire le formalisme romain. Et enfin, quand on dit que par réméré le vendeur aboutirait à racheter la chose au mineur, sans que cette revente fût soumise aux formes prescrites, on oublie que le réméré n'opère pas une revente, mais qu'il constitue une simple résolution du contrat primitif et qu'à la résolution

1. Nous n'argumenterons pas dans notre système de l'article 1663 qui, en faisant courir le délai de réméré contre les mineurs, suppose par là même qu'ils le peuvent exercer. L'article peut en effet prévoir, non pas notre espèce, mais le cas où le mineur a recueilli le droit de rachat dans la succession du vendeur. Cf. Sirey, 1827, I, 309.

ne s'appliquent pas les règles de l'aliénation. Le mineur peut donc acheter à réméré tout comme il pourrait, de l'aveu de tous, acquérir une chose sous condition résolutoire quelconque.

25. — Art. 3. — **De l'objet de la clause de réméré.**

Le pacte tend à procurer au vendeur la restitution de sa chose moyennant le remboursement à l'acheteur dans le délai fixé du prix et de ses accessoires. Telle est la règle, mais les parties peuvent vouloir y déroger en augmentant ou en restreignant les prestations à fournir par le vendeur. Dans quelle mesure le peuvent-elles ? C'est ce que nous allons examiner.

25^b. — 1^o Le vendeur à réméré peut-il s'obliger à payer à titre de retrait une somme supérieure au prix de vente ? Pothier répondrait affirmativement (n^o 413) ; en cela rien d'illicite, car le rachat étant pour le vendeur un profit, il est tout naturel que l'acheteur le lui fasse payer, et cela est encore vrai si le supplément de prix est excessif, car pour se dispenser de le fournir, le vendeur n'aura qu'à ne pas retraire. C'est la théorie admise par la Jurisprudence (cour de Paris, 9 mars 1808. D. A., v^o Vente) et que nous proposons d'adopter. Mais elle a été combattue avec beaucoup de force par M. Delvincourt et M. Troplong (n^o 696). Elle permettrait, disent-ils, de faire valablement une convention usuraire, car dans la grande majorité des cas, le supplément de prix représentera une masse d'intérêts supérieurs aux intérêts légaux. L'acheteur à réméré n'est ici qu'un prêteur qui profite de la situation précaire du vendeur pour mettre au rachat, c'est-à-dire en réalité au retraitement du gage fourni, les conditions les plus dures. D'ailleurs l'article 1659 vient condamner formellement la doctrine de Pothier, les mots « moyennant la restitution du prix principal » le montrent bien, car ils supposent que le vendeur devra rendre le prix, c'est-à-dire ce qu'il a reçu en échange de son bien, rien de plus. — Au premier argument de nos adversaires nous répondrons que, si dans beaucoup de cas la clause de rendre plus que le prix originaire se prête à la dissimulation de l'usure, ce n'est pas une raison pour en déduire *a priori* la nullité de cette clause. Il y aura seulement lieu de la part du juge de discerner quelle a été l'intention des parties en l'adjoignant à la vente, et sur ce point son interprétation sera souveraine : la cour de cassation ne pourra pas la dire inexacte. D'ailleurs le but de la clause peut être parfaitement équitable. Il est assez naturel qu'un acheteur

sérieux à qui l'exercice du retrait fera vraisemblablement perdre quelque chose et qui verra s'évanouir les espérances légitimes conçues à l'occasion du contrat qu'il avait passé, cherche à obtenir une juste compensation. S'il s'agit d'un immeuble, la crainte du rachat va probablement l'empêcher de le grever d'hypothèques, de constituer sur lui des servitudes ; c'est-à-dire que ce bien une fois acquis, son crédit ne se sera pas trouvé augmenté. Si des hypothèques légales ou judiciaires viennent à frapper le bien acheté à réméré, le retrait les fera tomber, et l'acheteur restera exposé aux recours des créanciers hypothécaires dont la garantie aura ainsi disparu. La situation serait encore plus dommageable pour lui s'il avait sous-aliéné le bien, car le tiers acquéreur se trouvant évincé par l'effet du rachat exercerait contre lui son action en garantie. — Que s'il s'agit d'un bien peu productif de fruits, pendant tout le délai l'acheteur n'en aura tiré presque aucun avantage tandis que le vendeur aura bénéficié des intérêts du prix que son contractant lui a fourni. Toutes ces éventualités, sans doute, l'acheteur a dû les prévoir en contractant, mais rien ne l'empêche à ce moment de se prémunir contre elles. L'argument tiré contre la validité de clause de l'article 1659 n'est-il pas bien subtil ? En parlant du « prix principal », le texte entend faire une distinction, entre ce remboursement et celui dont l'article 1673 fait mention ; les mots qu'il emploie n'ont rien de sacramentel ni d'impératif ; ils prévoient le *quod plerumque fit*, voilà tout. Si donc ils n'ont pas pour but de résoudre implicitement la difficulté qui nous occupe, nous pouvons suivre l'opinion professée par Pothier en cette matière ; elle est en soi-même parfaitement équitable et aucun texte ne la repousse. — Mais quant à dire avec le grand jurisconsulte que cette clause qui oblige le vendeur à rendre plus que le prix est conforme à la nature du pacte de rachat, cela nous semble difficile. Qu'elle soit valable, nous en convenons, mais nous affirmons que le vendeur en l'accomplissant n'exercera pas un réméré. Le réméré, en effet, est une condition résolutoire, dont la survenance fait considérer la vente comme n'ayant jamais été réalisée. Pour que cette rétroactivité ait lieu, le vendeur doit rembourser ce qu'il a reçu, pas d'avantage ; car alors il ne serait pas replacé dans la même situation que s'il n'avait pas contracté. La clause dont il s'agit « est, dit M. Laurent, contraire à l'essence d'une condition résolutoire ». Quant à sa nature, elle dépendra

de l'intention des parties et des stipulations portées au contrat ; ce sera aux juges de l'apprécier, ce pourra être une clause de revente ou bien une sorte de donation déguisée et conditionnelle du vendeur à l'acheteur (V. Bugnet sur Pothier, t. III, p. 173, note 1). — Notre argument a été vivement combattu : il aboutit, nous objecte-t-on, à exiger comme condition essentielle du retrait une égalité mathématique entre les prix de vente et de rachat ; or, cette égalité est loin d'être nécessaire, et cela ressort de l'article 1667, qui, au cas de vente à réméré d'une portion indivise d'héritage, déclare que si l'acheteur à réméré s'est porté adjudicataire de la totalité sur une licitation provoquée contre lui, il pourra exiger que le retrayant reprenne l'immeuble entier et rembourse le prix d'adjudication. La non-identité du prix de vente et du prix de retrait est ici patente, ajoute-t-on, et cependant la reprise du fonds tout entier constitue bien un réméré. Malgré son caractère spécieux, cette objection ne nous semble pas concluante : elle s'appuie sur une espèce dans laquelle l'identité des deux prix serait inconcevable, étant donné que le vendeur rachète une chose plus grande que celle qu'il a vendue. Pour que l'article 1667 nous fût opposable, il faudrait qu'il établît la non-identité des deux prix pour une espèce où la chose vendue et la chose à retraire seraient identiques.

26. — 2° Les parties peuvent-elles convenir à titre de clause de retrait que le vendeur rendra moins que le prix original ? Pothier l'admettait, et nous reconnaissons que cette clause est valable comme rentrant dans la classe des conventions licites ; mais à notre avis le vendeur qui s'en prévaut n'accomplit pas un retrait : l'argument que nous venons de tirer de l'essence de la condition résolutoire est en effet applicable à ce cas comme au précédent. Souvent la stipulation en question dissimulera une donation de l'acheteur au vendeur et sa validité dépendra de la solution adoptée sur le caractère licite ou illicite des libéralités déguisées. Ou bien elle pourra constituer une clause de revente, dans laquelle la diminution du prix tiendra lieu d'indemnité au vendeur primitif. Tel serait le cas où l'objet du contrat consistait en une chose qui se détériore notablement par l'usage, et celui où l'objet vendu donnerait des fruits d'une valeur plus grande que les intérêts à provenir du prix pendant le même laps de temps.

27. — L'objet de la vente à réméré peut être un meuble ou un immeuble, car la loi ne fait aucune distinction. Nous verrons plus tard (n° 154) que l'effet du retrait contre les tiers acquéreurs est différent, selon la nature mobilière ou immobilière de l'objet sur lequel il porte. Nous verrons aussi que certaines législations étrangères prohibent la vente à rachat, soit des meubles, soit des immeubles.

28. — Art. 4. **Des modalités dans la vente à réméré.**

La vente à réméré peut être faite sous condition suspensive ou résolutoire. — (Il est même à remarquer que les lois romaines citées plus haut supposent justement une vente à réméré conditionnelle.) Tel est le cas où une maison est vendue avec cette clause que le réméré ne pourra plus être exercé si une voie vient à être percée sur l'alignement de laquelle se trouve la maison. — Quoi qu'il en soit, l'adjonction d'une condition à la clause du rachat ne saurait avoir pour effet de prolonger au delà de cinq ans le délai pendant lequel le retrait peut être exercé, car cela reviendrait à tourner la disposition prohibitive de l'article 1661 (Cassation, arrêt du 23 décembre 1845 D. P., 1854, I, p. 422). — A l'inverse, le contrat peut porter que le vendeur sera déchu de son droit de retirer même avant l'expiration du terme légal ou conventionnel, si tel événement arrive. La condition ne peut avoir alors pour effet que de restreindre le terme, non de l'étendre, à ce titre il est certainement licite.

28. — Art. 5. **De la transmissibilité du droit de réméré.**

Notre loi permet aux héritiers du vendeur à rachat d'exercer son droit; elle a pensé que l'appréciation préalable que nécessite le retrait est de celles qui peuvent être faites par d'autres que le titulaire originaire du droit. C'est par ce motif que le Code (art. 1666) permet aux créanciers du vendeur de se prévaloir du retrait. D'autres législations défendent cette transmission, soit aux héritiers, soit aux créanciers du vendeur. (V. Code autrichien, art. 1070.) La cession de notre droit à titre onéreux serait également interdite par elles.

En France, au contraire, la doctrine et la jurisprudence reconnaissent la cessibilité du droit de retrait, sauf à différer quant à la nature qu'on doit attribuer à cette cession. Les auteurs y voient généralement une transmission de propriété conditionnelle; les arrêts en sens inverse la considèrent comme une cession de créance. Quant à la validité de cette cession faite avant l'exercice du retrait et au cours du retrait de réméré, on ne pourrait pas la contester,

en prétendant qu'elle aboutit à une vente de la chose d'autrui. Nous verrons, en effet, que cette cession n'a pas un effet actuel véritablement important et que ses résultats ne se produiront qu'une fois le rachat opéré, c'est-à-dire quand la chose aura été retirée rétroactivement à l'acheteur. La cession qui nous occupe ne serait nulle comme vente de la chose d'autrui que si par elle-même elle tendait à être dévestitive à l'égard de l'acheteur. Or, ce n'est pas ici le cas, ce n'est pas ce que les parties ont voulu, leur désir a été simplement de transmettre le droit actuellement existant au profit du vendeur, à son cocontractant, mais sans empiéter aucunement sur celui que l'acheteur à réméré a retiré de son propre contrat. En résumé, ce qui a été changé, c'est le titulaire du droit appartenant originairement au vendeur, mais il n'y a rien eu de plus ; et ce changement est valable, puisqu'il résulte d'une négociation que la loi ne défend nulle part.

30. — A propos de l'exercice du réméré par un autre que le vendeur, on doit se demander si celui-ci, ayant légué à une personne l'usufruit de la chose vendue, cette personne pourra exercer le droit de retrait. Nous ne le pensons pas et nous ne l'accorderons qu'au légataire (ou héritier) de la nue-propriété, car c'est une action tendant avant tout au recouvrement de la propriété. Nous dirons même qu'il ne peut être contraint de l'exercer, car le legs d'usufruit n'a pu être fait que sous cette condition tacite que le rachat serait effectué, condition casuelle au regard du légataire d'usufruit, mais dans une certaine mesure protestative de la part du nu propriétaire. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que le testateur l'eût donné à entendre. — Mais une fois le retrait exercé, le légataire d'usufruit pourra, bien entendu, agir en délivrance pour se faire mettre en possession de la chose : à charge de se conformer à l'art. 612, c'est-à-dire d'avancer la somme nécessaire au retrait (sauf à la répéter contre le nu propriétaire à la fin de l'usufruit) ou bien de servir à ce dernier pendant toute la durée de la jouissance les intérêts de cette même somme.

Quant à l'obligation de subir le réméré, elle est également transmissible aux ayants cause de l'acheteur (héritiers, tiers acquéreurs).

Il nous resterait à étudier ici quelles règles sont à suivre quant à la divisibilité du droit, et de l'obligation au rachat. Mais nous préférons réserver cet examen pour le temps où nous traiterons de l'exercice du réméré.

Nous éviterons ainsi de scinder cette importante matière, que nous pourrions dès lors envisager complètement dans son ensemble.

CHAPITRE III

DISTINCTION DE LA VENTE A RÉMÉRÉ D'AVEC DIVERSES OPÉRATIONS ANALOGUES

31. — Sous cette rubrique, nous allons traiter un sujet fort important qui forme en quelque sorte le complément nécessaire du chapitre précédent. Pour avoir une idée absolument exacte du droit de réméré, il faut le comparer avec d'autres droits qui lui ressemblent et noter les points par lesquels il en diffère.

A ce point de vue, nous étudierons successivement le pacte de préférence, le report, le contrat pignoratif et la combinaison d'une vente pure et simple avec une promesse unilatérale de revente faite par l'acheteur pour le cas où son prix d'acquisition lui serait remboursé.

SECTION I^{re}. — DU PACTE DE PRÉFÉRENCE

32. — On nomme ainsi la clause par laquelle le propriétaire d'une chose s'engage, pour le cas où il l'aliénerait, à la vendre à une personne par préférence à toute autre. Cette stipulation qui, lorsqu'elle était faite par un acheteur au profit de son vendeur, était qualifiée dans l'ancien droit de retrait conventionnel, semble avoir eu sa source dans le *pactum protimeseos* pratiqué dans le droit byzantin et probablement aussi à Rome. Sa validité ne saurait d'ailleurs être sérieusement contestée. Sans doute, c'est une promesse sous condition potestative de la part de celui qui s'oblige, mais la condition n'est pas purement potestative : s'il dépend du promettant d'aliéner ou de conserver la chose, il n'en est pas moins vrai que sa liberté est notablement restreinte, car si, forcé

par le besoin, il vient à vendre, il devra prendre pour acquéreur celui à qui il a promis la préférence ; si, pour se soustraire à ce parti, il conserve la chose, il y a là encore une gêne pour lui, puisqu'il devra s'abstenir d'aliéner. La convention dont nous parlons est donc parfaitement licite, et c'est ce qu'a reconnu la cour de Poitiers dans un arrêt du 18 août 1826.

Quant à l'effet du pacte, ce n'est pas sans doute de rendre le stipulant propriétaire immédiat, car il n'y a pas chez les parties intention réciproque d'acquérir et d'aliéner. Si le pacte a été fait entre l'acheteur de la chose et son vendeur, il ne peut donc être question d'annuler en conséquence la vente consentie à celui qui a promis la préférence. Celui qui l'a stipulée ne saurait revendiquer la chose contre personne, faute d'en être redevenu propriétaire ; par la même raison le promettant ayant conservé son droit entier sur la chose peut la transmettre à un tiers par voie de vente et lui en procurer ainsi la propriété. Seulement, en agissant ainsi, il a violé l'obligation de faire qu'il avait contractée, et faute d'avoir donné la préférence à qui de droit, il sera tenu, vis-à-vis de celui à qui elle était due, à des dommages-intérêts selon l'art. 1142. — Un arrêt de la cour de Riom du 30 juin 1845 (D. P. 1845, 2, 58) a cependant affirmé que le vendeur ayant stipulé de son acheteur un droit de préférence en cas de revente de la chose, pourrait contre le sous-acheteur (en dehors de son action personnelle en indemnité contre l'acheteur originaire) exercer une action réelle et l'évincer à condition de lui rembourser le prix de la sous-aliénation. Cette solution nous semble peu admissible puisque, nous venons de le démontrer, le pacte de préférence ne contient pas même une promesse unilatérale de vente (promesse non translatrice de propriété, mais qui le deviendrait par l'acceptation du stipulant), c'est une simple clause conférant un droit personnel opposable au promettant, mais sans effet contre les tiers.

Remarquons d'ailleurs que si la revente avait été faite à un tiers acquéreur de mauvaise foi, le bénéficiaire du droit de préférence pourrait la faire annuler si les diverses conditions exigées par l'article 1167 étaient réunies. Mais ce serait là l'exercice de l'action Paulienne et non d'un droit réel produit par le pacte dont nous parlons.

33. — La nature et les effets du pacte de préférence étant ainsi

déterminés, nous voyons facilement en quoi il ressemble au pacte de rachat et par où il en diffère. Retour de la chose dans le patrimoine de l'aliénateur, voilà l'effet commun du retrait et du droit de préférence exercés par le vendeur de cette chose. Quant aux dissemblances, elles sont nombreuses : le retour en vertu du pacte de préférence est une nouvelle acquisition, la chose restera donc aux mains du vendeur originaire grevée des droits réels qui l'auront frappée du chef de l'acheteur ; il y aura lieu à la perception fiscale d'un nouveau droit d'enregistrement de 5 fr. 50 par 100 fr. Enfin le promettant ayant transgressé le pacte, le vendeur lésé n'aura contre lui qu'une simple action en dommages-intérêts. Au contraire, le retrait de réméré fera tomber tous les droits réels imposés par l'acheteur sur le fonds ; un nouveau droit de 5 fr. 50 par 100 fr. ne sera pas dû ; enfin le retrayant recouvrera la propriété et pourra revendiquer le bien repris contre tout tiers détenteur (sauf l'exception de l'article 2279 en fait de meubles corporels).

SECTION II. — DU REPORT

34. — En terme de Bourse, le mot report exprime la différence qui existe entre le prix au comptant et le prix à terme d'un même titre, quand ce dernier prix excède l'autre. En temps normal, il y a généralement du report, car la valeur d'un titre s'accroît chaque jour de l'intérêt qu'il produit, cet accroissement profite à l'acheteur au comptant comme à l'acheteur à terme ; l'un, devant en bénéficier lorsque le coupon sera détaché, paye les titres ferme et à leur cours actuel ; l'autre, devant toucher le coupon d'intérêts lors de son échéance et ne payer les titres qu'après un certain temps, doit par voie de compensation en faveur de son vendeur les acheter plus cher que s'il les payait comptant. Il est en effet très équitable qu'il soit tenu compte au vendeur de la situation intérimaire où il se trouvera, n'ayant plus ses titres et ne pouvant faire fructifier leur prix qu'il n'a pas encore touché. Le report représente ainsi l'*interusurium* de la valeur des titres aliénés, du jour de la vente au jour de l'échéance du terme.

35. — Mais le mot « report » est employé dans une autre acception. Le contrat de Report consiste dans une vente au comptant

de titres qui sont immédiatement revendus à terme au vendeur primitif. Dans cette opération, chacun des contractants est à la fois vendeur et acheteur. La première des deux ventes s'exécute immédiatement par la livraison des titres et le paiement du prix comptant. La seconde, bien qu'actuelle, n'aura son accomplissement qu'au terme fixé par les parties, jusque-là les titres resteront aux mains du revendeur, et il ne pourra réclamer la prestation du prix. Dans cette sorte de contrat, on nomme reporteur celui qui vend ferme et rachète à terme ; on appelle au contraire reporté l'acheteur au comptant qui en même temps revend à terme.

L'utilité de cette opération est de prolonger une spéculation à la baisse ou à la hausse. Étudions rapidement les deux cas.

36. — § 1. Primus vend à découvert fin mars 5 francs de rente 5 0/0 pour la somme de 114 francs, espérant avant la liquidation pouvoir acheter un titre à un cours plus bas (113 francs par exemple) et bénéficier ainsi de la différence (1 franc). Mais il arrive que dans l'intervalle la rente monte et atteint au 31 mars 115 francs. Persistant dans sa croyance à la baisse, Primus se fait reporter, c'est-à-dire que pour liquider sa première opération, et afin de fournir le titre qu'il a promis de livrer fin mars, il achète comptant 5 francs de rente 115 francs à Secundus et en même temps les lui revend fin avril pour 115 fr. 50. Sa liquidation se traduit donc par une différence de 1 franc qu'il paye, moyennant quoi il reste vendeur à 115 fr. 50 fin courant. Si donc dans le courant d'avril la rente baisse au-dessous de ce cours, par exemple à 114 francs, le reporté achètera en baisse un titre pour se liquider à la fin du mois, et il bénéficiera d'une prime de 1 fr. 50 sur sa deuxième opération. Comme il a perdu 1 franc sur la première, la prime définitive en sa faveur sera en somme de 50 centimes.

37. — § 2. Primus achète 5 francs de rente 5 p. 0/0 fin du mois pour 114 francs, espérant qu'il y aura une hausse et qu'il pourra revendre son titre plus cher ; mais au 31 mars, échéance du terme, le cours n'est plus que de 113 francs. Pour rester spéculateur à la hausse et liquider sa précédente opération, il vend comptant à 113 et rachète fin avril à 113 fr. 25, la liquidation de sa première affaire se traduit donc par une différence d'un franc, qu'il paye

moyennant quoi il reste acheteur fin avril à 113 fr. 25. Si donc, pendant le mois, la rente dépasse cette valeur, il bénéficiera d'une prime égale à la différence qui existera au 30 avril entre la cote actuelle et la somme de 113 fr. 25, dont il devra effectuer le paiement à ce jour, et selon que cette prime excédera ou non la différence qu'il a payée fin mars, il se trouvera définitivement en gain ou en perte.

38. — Ce que nous venons de dire en raisonnant d'ailleurs sur des chiffres absolument théoriques (à la Bourse les reports ne se font pas moins de 2.500 francs de rente) suffit à faire comprendre le mécanisme du contrat. En apparence, il est fort analogue à une vente à réméré.

Dans tous deux on trouve une vente suivie d'une reprise du bien exercée par le vendeur originaire. Dans les deux cas on voit un propriétaire faire argent de sa chose, sauf à la reprendre plus tard en remboursant le prix qu'il a reçu.

Mais si, sans se contenter d'un examen superficiel, on apprécie les deux opérations au point de vue juridique, on aperçoit entre elles de notables différences.

1° Dans le contrat de report, nous trouvons une vente suivie d'une revente; dans la vente à réméré, une seule vente, mais avec condition résolutoire. Dans le premier la revente est à terme, mais elle est fatale, c'est-à-dire que le vendeur originaire qui y joue le rôle d'acheteur, ne peut s'en départir et refuser à l'échéance le paiement du prix et la tradition des titres. Au contraire, le vendeur peut n'exercer le rachat que si cela lui convient (1). En résumé, la revente du contrat de report est une stipulation faite à terme; le réméré dans la vente avec faculté de rachat est sous condition.

2° A la différence de la vente à réméré, le contrat de report a toujours pour objet des *res* considérées *in genere*: c'est-à-dire des titres qui sont réputés fongibles, équivalents les uns aux autres. Leur propriété n'est donc transmise que par la livraison qui en est faite, aussi doit-on dire que dans l'intervalle de temps qui sépare la réception des titres par le reporté, du jour où il les devra restituer au reporteur, bien que le premier ait eu dès la passation du con-

1. Cette différence disparaît à peu près complètement dans les reports sur prime.

trat, un droit actuel sur les titres, le reporteur peut en disposer ; pourvu qu'à l'échéance, il en ait d'autres de même nature à fournir à son cocontractant, il aura rempli ses obligations. Ainsi, quoique la revente soit définitive du moment qu'elle est consentie, ce n'est qu'au jour où elle doit recevoir son accomplissement, que les titres redeviennent la propriété du vendeur originaire. Au contraire, en matière de vente à réméré, le vendeur redevient propriétaire à l'instant même où le retrait s'opère, et ce indépendamment de toute livraison.

39. — Nous venons d'étudier la matière du report dans la mesure exigée par la comparaison de ce contrat avec la vente à réméré. Il resterait à examiner dans quelle mesure cette opération doit être tenue pour valable, mais cette étude étrangère à notre sujet se réfère à celle de la validité des marchés à terme. Ces derniers sont admis par la jurisprudence, quand ils constituent une simple spéculation dégagée de toute opération de jeu : Les reports étant reconnus dans cette même limite, il faudrait encore rechercher s'ils ne doivent pas être annulés quand ils tendent à procurer aux contractants des bénéfices excédant l'intérêt légal des capitaux engagés dans l'affaire. — Sans vouloir, avec certains arrêts, donner des solutions trop absolues, nous avouons que souvent le report constituera une sorte de prêt sur gage déguisé. La Cour de cassation (D., 1857, I, p. 146) en avait conclu *a priori* à la nullité de tout contrat de report. Une telle décision nous semble bien excessive ; en l'appliquant, les tribunaux seraient souvent conduits à annuler des reports faits de très bonne foi et dans des conditions excluant toute pensée de simulation et de fraude. Sans doute en rachetant à terme ce qu'il vient de vendre comptant, le reporteur obtient un avantage analogue à celui que lui aurait procuré un emprunt fait en donnant son titre en gage au prêteur. Il avait le droit de contracter cette sorte d'emprunt. — Il avait aussi celui de vendre son titre comptant à *Primus* et d'en racheter un semblable à terme de *Secundus*. Pourquoi lui permettant de faire, avec deux personnes différentes, la vente et le rachat constitutifs du report, ne lui permettrait-on pas d'accomplir ces deux opérations avec *Primus* seul ? Évidemment, elles resteraient licites dans ce cas comme dans l'autre. Comme le dit fort bien un arrêt de la Cour de Paris du 21 décembre 1861 « le prix stipulé dans le report sérieux

ne représente pas un intérêt ou loyer d'argent, mais bien un bénéfice résultant de la vente ou de l'achat». S'il en est ainsi, on ne saurait appliquer à notre contrat les règles restrictives de la loi de 1807 ; dans un report fait de bonne foi, il ne saurait y avoir d'usure.

SECTION III. — DU CONTRAT PIGNORATIF.

40. — Prise dans le sens restreint que lui donne aujourd'hui la science, l'expression « contrat pignoratif » désigne les conventions qui dissimulent sous une apparence licite un prêt sur nantissement impliquant droit pour le prêteur de conserver la chose, s'il n'est pas remboursé à l'échéance. Ces stipulations contraires aux dispositions prohibitives des articles 2078 et 2088 se déguisent invariablement sous la forme de ventes à réméré. Il importe donc de bien distinguer les unes des autres et c'est ce qui nous amène à étudier avec quelques détails la théorie du contrat pignoratif. C'est une théorie toute de doctrine et de jurisprudence, le Code n'en fait mention nulle part, et cependant « les annales de la pratique présentent peu de conventions plus fréquentes que les clauses pignoratives, surtout dans nos campagnes où le crédit dédaigne l'homme et ne prise que la terre. » (M. Carol, *Recueil de l'Acad. de légis. de Toulouse*, 1856, p. 203). Avant d'entrer dans l'exposition de la doctrine actuellement reçue en cette matière, il importe d'en connaître l'origine et le développement historique.

41. — La garantie primitive par excellence, c'est le nantissement. Du jour où l'homme a cessé d'avoir foi dans son emprunteur, il a dû exiger de celui-ci une garantie matérielle et palpable, lui assurant le recouvrement de la somme prêtée ; pour ce faire, il n'a fourni ses deniers que contre remise effective de l'un des biens de l'emprunteur. — Telle est bien l'idée du jurisconsulte romain, dans la loi 25, D., liv. L, tit. XVII (*De reg. jur.*). « Plus cautionis est in re quam in persona » dit-il. Telle est aussi la marche suivie à Rome dans le contrat d'impignoration le plus ancien : l'aliénation fiduciaire. — Nous ne nous étendrons pas sur cette opération qui rend le prêteur propriétaire de la chose donnée en nantissement, sauf à l'emprunteur à rembourser, et à recouvrer la propriété du bien en intentant l'action *directa fiduciæ* à fin d'obtenir la reman-

ipation. Ce premier instrument de crédit présente les caractères distinctifs du contrat pignoratif : mise en gage d'une chose dont le prêteur deviendra propriétaire faute de remboursement dans un délai fixé ; une seule différence : le réméré est une condition résolutoire qui désinvestit *ipso jure* le créancier nanti ; tandis que le remboursement, fait au prêteur, n'opérait pas par lui-même à Rome retranslation de propriété à l'emprunteur. — L'aliénation fiduciaire fut bientôt remplacée à Rome par des institutions plus parfaites : le *pignus*, tout en conférant au créancier la possession de la chose remise en nantissement, lui en interdit l'usage sous peine de commettre un *furtum*. — Le taux de l'intérêt étant limité par les lois, des prêteurs peu scrupuleux cherchèrent à tourner les prohibitions qui contenaient l'usure. A cet effet, ils imaginèrent de joindre au *pignus* qu'ils se faisaient consentir un pacte commissaire, en vertu duquel, faute de paiement reçu, dans le délai convenu, ils devenaient propriétaires des objets qui leur avaient été donnés en gage. Sans insister sur les conséquences désastreuses de cette spéculation, nous dirons que de bonne heure elle fut l'objet de mesures restrictives, jusqu'au moment où, par une extension équitable des prohibitions dont elle avait été successivement frappée, Constantin la supprima définitivement.

42. — Ce qui subsista et passa dans notre ancien droit, ce fut le *pignus* portant soit sur des meubles, soit sur des immeubles. Mais l'ancienne aliénation fiduciaire reparut également, sauf une différence : désormais le remboursement à l'échéance valut retranslation *ipso jure* du bien aliéné en nantissement à son ancien propriétaire. C'est sous cette forme qu'on trouve l'aliénation fiduciaire employée par l'abbaye de Redon (ix^e siècle), dont les chartes 131 et 132 (Cartulaire de Redon, édition de Courson) indiquent que la terre engagée une fois rentrée dans le patrimoine de l'emprunteur y est traitée comme acquêt (*comparatum*), quand même avant sa mise en gage elle aurait été un propre. Cela prouve bien que la reprise du bien est considérée comme une acquisition nouvelle, une réemption, n'ayant par conséquent pas d'effet rétroactif. Au xi^e siècle, une nouvelle application de l'impignoration nous est révélée. Lors des croisades, les seigneurs, en partant pour les Saints Lieux, doivent s'équiper eux et leurs troupes, de là des dépenses considérables ; pour y subvenir, certains

contractent des emprunts envers les villes ou les communautés, et, pour fournir une garantie, ils font l'aliénation de leurs domaines à titre de nantissement. C'est ce qui ressort clairement de cette phrase de Joinville (*Mémoires*, II^e partie, n^o 62) : « Pour ce que je n'en vouloie porter nulz deniers à tort, je alé lessier à Mez en Lorraine grand foison de ma terre en gage. » — Même usage se rencontre en Allemagne : par acte passé en 1063 avec une église voisine, le seigneur Bruno de Hengenbach consent, moyennant une somme, l'aliénation fiduciaire de l'une de ses terres. (Rapporté par Waitz, *Documents sur l'État historique de l'Allemagne aux XI^e et XII^e siècles*, p.1 et suiv.)

43. — Logiquement l'usage du gage et de l'hypothèque aurait dû faire disparaître rapidement ce procédé rudimentaire. Mais il se maintint avec une certaine importance, parce que l'influence de l'Église fit dans la plus grande partie de la France prohiber le prêt à intérêts. La vente à réméré servit à passer à l'abri de la prohibition cette espèce de contrat. Frappée à bon droit des désordres que l'usure avait entraînés à Rome, l'Église, disons-nous, n'hésita pas à prêcher la gratuité du prêt, bien plus elle l'érigea en commandement dans ses conciles. Ainsi le canon 17 du concile de Nicée interdit aux clercs de prêter de l'argent à intérêts. Le concile de Carthage, en son canon 13, étend cette défense aux laïques, et celui de Latran, au XIX^e siècle, la prononce définitivement et d'une façon absolue (1). La pensée qui présida à ces décisions fut d'engager les prêteurs à faire acte de charité et d'abnégation, et à ne considérer l'avance de leur argent que comme un moyen de venir en aide au prochain dans sa détresse. Et de fait, tant que les transactions commerciales furent rares, cette prohibition fut sans grands inconvénients. Le droit français s'en inspire et l'ordonnance du 8 décembre 1312 d'abord, puis l'ordonnance de Blois en 1579 vinrent confirmer la théorie des conciles. Beaucoup d'auteurs l'adoptèrent. Bossuet, en son *Traité de l'usure*, nia formellement la légitimité du prêt à intérêts, que plus tard Bentham (*Définition de l'usure*) et Jean-Baptiste Say devaient démontrer victorieusement.

1. Elle fut déduite, et à tort selon nous, de l'Évangile de saint Luc (chap. vi, vers. 34 et 35). Voir à ce sujet un examen résumé de la question dans le Répertoire de Dalloz, V^o *Prêt à intérêts*, nos 5 et 6.

44. — Le besoin se fit bientôt sentir d'échapper à la prohibition. On voulut sortir de la situation économique fautive dont elle était la cause, et l'on s'ingénia à la tourner par divers moyens; le plus important fut le contrat pignoratif, qui rappela de très près l'ancienne aliénation fiduciaire. Le débiteur vendait en apparence un immeuble à son créancier qui le lui payait une certaine somme, et qui s'engageait à le lui rendre si, dans un délai donné le vendeur lui restituait le prix. Le débiteur se réservait en un mot, la faculté de retirer l'immeuble. Jusque-là, rien de contraire au droit de l'époque. Mais ce qui dénaturait l'acte passé c'est que l'acheteur rétrocédait le bien au vendeur, en qualité de bailleur, moyennant un certain canon annuel. Cette *relocatio* devait rendre suspecte toute l'opération : comment en effet concevoir qu'un vendeur pressé par le besoin au point d'aliéner son immeuble, le reprit immédiatement à bail en promettant de payer des loyers en argent? Et d'ailleurs, à raison de ses effets naturels, la vente à retrait devait inspirer la défiance, c'était l'indice du déguisement d'un prêt à intérêts; car elle équivalait à une antichrèse mode de nantissement prohibé à cette époque et la cachait sous l'apparence d'un contrat parfaitement licite. L'acheteur a réméré comme le créancier antichrésiste percevait les fruits de la chose entre la vente et le retrait, c'était donc pour lui un bénéfice équivalent à celui qu'il dû tirer d'une stipulation d'intérêts. (Voir pour le droit canonique : Concile de Tours de 1164, Décrétales d'Alexandre III en 1180; de Martin V en 1429; et pour le droit français, Loyseau : Déguepissement, liv. I, chap. VII, n° 13 et Dumoulin : *De usuris*; quest. 35). La pratique n'admettait l'antichrèse qu'à titre de vif gage (*vivum vadium*), c'est-à-dire que le créancier nanti devait imputer sur la somme à lui due les fruits de l'immeuble qu'il percevait. Le mort gage (antichrèse sans imputation) était nul. — Mais si la vente à réméré pouvait par elle-même être suspectée de fraude aux règles prohibitives du prêt non gratuit, elle n'était pas nulle par cela seul; à moins que d'autres indices ne se rencontrassent, dont la présence pût rendre pour ainsi dire évidente la dissimulation dont nous parlons. L'un de ces indices, et le plus fréquent de beaucoup, était la relocation dont nous venons de dire un mot. — On rencontrait également dans la plupart des cas, dans l'aliénation en question, la vilité du prix de vente; ce prix touché par l'em-

prunteur était généralement très inférieur à la valeur vraie de l'immeuble, et cela montrait que la vente n'était pas sérieuse. — Enfin, une présomption défavorable s'attachait à l'acte, quand l'acheteur apparent était coutumier de semblables opérations; c'était la *consuetudo foenerandi*. »

45. — On peut se demander comment un tel moyen de se procurer un crédit réel ne disparut pas avec l'introduction des rentes constituées. La réponse est facile jusqu'au xvi^e siècle; la constitution de rente au moyen de l'aliénation d'un bien-fonds à charge de rente, entraînait le paiement de droits seigneuriaux et le rachat de la rente aussi. Ces droits étaient le *quint et le lods et ventes*; car la constitution était réputée une vente partielle de l'immeuble. De plus, vu leur perpétuité originaire (qui ne fléchissait que dans des cas exceptionnels), les rentes constituées ne pouvaient équivaloir à des emprunts à intérêts, et cela parce que les emprunteurs grevaient leurs biens de droits qu'ils ne pouvaient éteindre par un remboursement. Ces deux traits caractéristiques de l'ancienne rente constituée, furent confirmés dans les articles 85 et 61 de la première coutume de Paris, mais le procès-verbal de rédaction indique que ces deux articles ne furent insérés que sauf appel au Parlement. Cet appel eut lieu et aboutit au fameux arrêt de 1557, provoqué par l'influence de Dumoulin. Déjà un édit de François I^{er} d'octobre 1539, avait déclaré rachetables toutes les rentes constituées sur les maisons de ville à prix d'argent (I), l'arrêt du Parlement de Paris de 1557, exempta pour l'avenir du *lods et ventes* la constitution et le rachat de toutes rentes constituées à prix d'argent. Étendant l'édit de François I^{er}, les coutumes réformées et une bulle du pape Pie V (1569) déclarèrent toutes ces rentes rachetables et ainsi disparurent les deux grands inconvénients qui jusqu'alors les rendaient impropres à servir d'instrument de crédit réel. Dès lors, le contrat pignoratif fut très souvent converti en constitution de rente à prix d'argent. C'était en effet le « seul moyen licite de faire

1. La rente constituée à prix d'argent qui, vers cette époque, remplaça dans la pratique la rente constituée pour prix de l'aliénation d'un immeuble, supposait que le constituant, propriétaire d'un immeuble, recevait une somme d'argent, moyennant laquelle il affectait son fonds au service de la rente dont il était tenu.

profiter de l'argent » (Louët; arrêt : t. II, p. 321, somm. IX, édition de 1742.)

46. — Cependant la jurisprudence se refusa généralement à interpréter dans le sens de constitutions de rente les clauses pignoratives, et on vit le parlement de Paris dans des décisions nombreuses les tenir pour complètement nulles toutes les fois qu'il put en discerner les éléments dans les ventes faites avec faculté de rachat.—Telle est la doctrine d'un célèbre arrêt de règlement du 29 juillet 1572 qui fait « inhibitions et défenses à toute sorte de personnes de plus faire ni passer aucun contrat d'engagement et pignoratifs sur peine de confiscation des deniers, et d'amende arbitraire. »

47. — Les Parlements prirent d'abord pour critérium de la distinction entre la vente pignorative et la vente véritable la réunion de ces trois éléments : *Vilitas pretii, relocatio, pactum de retrovendendo*, parfois ils en exigeaient un quatrième : la *consuetudo fœnerandi* (1). L'ensemble des trois premiers faits nécessaires à l'origine pour emporter nullité de la vente pignorative établissait une présomption de fraude *juris* et *de jure*. (Sic Fil-leau, part. 4, quest. 89; Gabriel, *Observ. détachées* II, p. 226, nos 6 et 8; Louet, *ibid.*, p. 320.) — Bacquet avait proposé une autre doctrine assez ridicule, qui ne prévalut pas (*Droits de justice*, ch. 21). D'après lui, l'acte devait être traité comme vente valable ou comme contrat pignoratif selon que cet acte *inceperit a venditione, aut a mutuo vel a pignore*. — Plus tard si l'ancien critérium continua à être employé dans la plupart des cas, la jurisprudence de plus en plus sévère se contenta parfois pour annuler l'acte d'y rencontrer la clause de réméré et la vilité du prix, et

1. La vente avec clause de réméré et relocation, s'il n'y avait pas prix vil, ne pouvait dans cette jurisprudence être annulée comme pignorative et cependant elle constituait une vraie antichrèse et un vrai prêt à intérêts qui, grâce à cette forme, se trouvaient maintenus malgré la prohibition qui les frappait. Et de là une conséquence singulière : on considérait l'opération comme une vente à l'effet de la faire tenir pour bonne et valable, comme un engagement à l'effet de la soustraire à la perception du *quint* ou du *lods et ventes* (Voir Boutaric, *lods et ventes*, n° 12 — Fonmaur n° 436). Comme le fait ingénieusement remarquer M. G. Demante, c'est l'histoire de la chauve-souris de la fable.

cette vilité fut envisagée non pas d'une façon abstraite (comme le voulaient certains auteurs qui posaient en principe que le prix était vil quand il n'atteignait pas la moitié de la valeur de la chose), mais, comme le voulait Dumoulin, en égard aux circonstances de fait.

48. — Il faut aussi remarquer que par une interprétation plus saine de la volonté des parties, et par application de principes plus équitables, les Parlements finirent par distinguer dans le contrat pignoratif deux parties : l'une qui fut maintenue comme parfaitement licite : le prêt ; l'autre qui fut annulée : la convention d'intérêts déguisée. (V. les arrêts cités par Merlin, V^o Contrat pignoratif, § 2). En même temps, supprimant cet effet de la vente à réméré en vertu duquel faute d'être remboursé à l'échéance l'acheteur devenait propriétaire incommutable, ils admirent, dans les ventes pignoratives le débiteur (vendeur) à purger « la demeure du réméré quel que fût le délai conventionnel et ne permirent au créancier de retenir la propriété à titre de paiement qu'après une instance dans laquelle le vendeur pouvait se faire relever de la déchéance encourue. — C'était alors la justice en quelque sorte qui faisait au créancier la vente de l'immeuble impignoré .» (M. Carol, *op. cit.*, p. 216.)

49. — Avant de terminer cette étude des contrats pignoratifs dans l'ancien droit, il convient de mentionner les divers cas exceptionnels dans lesquels ils étaient tolérés. On peut les ramener à deux principaux :

1^o Dans les provinces où le prêt à intérêts était usité, notre vente à réméré pignorative n'était annulable comme vente que si elle dissimulait des stipulations entachées d'usure. Telle était la pratique du parlement de Grenoble, comme l'a reconnu la cour suprême le 16 juin 1806 en cassant un arrêt de la cour de Grenoble du 11 pluviôse an XII qui avait méconnu cet usage. Même solution dans le Lyonnais, où le prêt à intérêts et le mort-gage étaient autorisés ; une vente à réméré même avec vil prix et relocation n'y était pas envisagée comme déguisant ces opérations, car on ne pouvait supposer que les parties avaient voulu cacher ce qu'elles pouvaient faire ouvertement. Le contrat était dans ces deux régions, traité comme une vente affectée d'une modalité particulière, sauf à être considéré comme un prêt usuraire si la preuve en était fournie.

2° Les coutumes du Maine d'Anjou, de Touraine et de Loudunois admettaient même le contrat pignoratif comme tel. Cette particularité s'explique par l'existence dans ces pays du *tènement de cinq ans*. Ce tènement avait une conséquence remarquable : tout acquéreur d'immeuble après cinq ans de possession continue voyait tomber les droits réels et les rentes existant sur le fonds du chef des précédents propriétaires. Les personnes qui avaient constitué des rentes à prix d'argent et avec sûreté réelle étaient donc exposées à voir leur droit réel disparaître par l'effet du tènement de cinq ans, si le débirentier venait à aliéner l'immeuble affecté à la garantie de la rente ; pour obvier à ce grave inconvénient on admit le contrat pignoratif. Tout en lui reconnaissant au fond le caractère d'un véritable contrat de nantissement, on le traita comme une vente à réméré, parce que la propriété qu'il transférait à l'acheteur (prêteur en réalité) n'était prescriptible contre celui-ci que par 10 ou 20 ans au moins ce qui excluait l'application à son encontre de la règle du tènement de cinq ans. (V. Laurière, Dissertation sur le tènement de cinq ans, p. 128 n° 37). En résumé le capitaliste achetait l'immeuble à réméré le relouait au vendeur (emprunteur) et touchait la rente sous forme de fermages ; il ne pouvait donc craindre l'extinction de son droit de rente tant qu'il restait propriétaire de l'immeuble, c'est-à-dire qu'elle ne pouvait survenir au plus tôt que dix ans après la mise en possession du tiers acquéreur de bonne foi à qui le vendeur relocataire avait entendu transmettre le fonds.

50. — Toute la théorie qui s'était construite dans l'ancienne jurisprudence en matière d'impignoration fut anéantie par la loi du 2 octobre 1789 qui permit pour l'avenir le prêt intéressé sans limiter le taux de l'intérêt conventionnel. Désormais l'opération qui était regardée jusque-là comme un contrat pignoratif fut considérée comme une vente à réméré véritable.

Mais cette interprétation dut nécessairement changer quand la loi du 3 septembre 1807 vint limiter le taux de l'intérêt et sanctionner cette restriction par des dispositions pénales. Les spéculateurs peu scrupuleux tentèrent de nouveau par des voies détournées d'obtenir soit directement des intérêts usuraires, soit à défaut de remboursement des sommes par eux prêtées, la propriété des objets qu'ils s'étaient fait remettre en nantissement. Cette

usure résultant de la *lex commissoria* en question, on la dissimula, comme avant 1789 on l'avait fait pour les prêts à intérêts, sous la forme de ventes à réméré munies de certaines clauses spéciales. — Sans doute ces sortes de contrats pourraient se rencontrer purs de toute fraude et ne cachant aucune stipulation usuraire, par exemple le vendeur relocataire paierait un fermage au plus équivalent à l'intérêt légal de la somme qui lui a été prêtée sous forme de prix de vente. Rien de plus juste, si cela était, que de les reconnaître valables de tout point. Mais en pratique il n'en est jamais ainsi, le contrat pignoratif a toujours pour but de tourner une prohibition. C'est pourquoi M. Carol a pu dire avec une certaine vérité : « La vente à réméré est devenue entre les mains du créancier un puissant et dangereux moyen de fraude et sert merveilleusement sa cupidité. » En apparence le propriétaire forcé pour se procurer de l'argent de vendre son héritage trouve dans la faculté de rachat un avantage sérieux puisque si dans le délai convenu il revient à meilleure fortune, il pourra reprendre le bien qui dans sa pensée n'était conféré à son créancier qu'à titre de garantie, de nantissement provisoire. Mais souvent ce n'est là qu'un leurre : le vain espoir de reprendre sa chose plus tard la lui fait abandonner pour un prix infime, sans mûre réflexion, le délai se passe la plupart du temps sans que le vendeur ait pu exercer le retrait et le prêteur (acheteur apparent) devient par là propriétaire incommutable d'un bien dont la valeur excède notablement la somme qu'il avait avancée à son trop confiant emprunteur.

51. — Les mêmes caractères auxquels on reconnaissait dans l'ancien droit le contrat pignoratif, se retrouvent encore aujourd'hui dans les conventions de cette espèce. A côté de la clause de réméré, se rencontre la vilité du prix indice bien vraisemblable d'une stipulation usuraire et qui, quoi qu'en ait dit la cour de Besançon (arrêt du 8 germinal an XI), doit s'apprécier selon les circonstances et non pas d'après un *quantum* réglé à l'avance d'une façon uniforme. Ajoutons un troisième indice caractéristique : la relocation immédiate de la chose au vendeur. Sa fausse sécurité se trouve ainsi augmentée ; il continue à se comporter à l'égard du fonds comme il le faisait avant de l'aliéner, trompé par cette apparence, il se préoccupe moins de racheter et souvent le

terme sera passé sans qu'il ait même songé à se mettre en mesure d'exercer le retrait. Il faut aussi noter que les fermages annuels stipulés par l'acheteur seront généralement la représentation d'intérêts usuraires. Enfin, les spéculateurs qui se servent de ces moyens illégaux n'en usent pas par hasard, mais par habitude, et cela même a fait considérer comme une marque d'impignoration l'habitude de l'usure chez l'acheteur apparent.

Voilà donc quatre faits qui se rencontrent ou peuvent se rencontrer dans le contrat pignoratif. Il nous reste à rechercher lesquels sont de son essence. Nous pouvons tout d'abord poser en principe que le contrat se déguise nécessairement sous la forme d'une vente à réméré ; ce qui a conduit un auteur à présumer d'une manière absolue que cette sorte de vente cache une impignoration (Chardon, *Tratité du dol*, III, p. 507 et suiv.)

Comme nous le démontrerons plus tard (n° 239), il y a là une grave exagération ; pour le moment, qu'il nous suffise d'indiquer cette opinion qui confirme ce que nous venons de dire, tout à l'heure (1). Quant à la *consuetudo foenerandi* telle que nous l'avons définie, elle ne saurait être envisagée comme un élément nécessaire du contrat pignoratif. Sans doute elle pourra être prise en considération par le juge quand il aura à apprécier si telle vente à réméré est ou non sincère. Mais de là à y voir un signe caractéristique d'impignoration, il y a loin. Qu'importe en effet l'habitude d'usure pratiquée à l'égard d'autres débiteurs et à l'occasion d'autres actes ? Il ne s'agit pas ici, dit M. Carol, de l'action répressive d'un délit d'habitude, mais d'une appréciation

1. Ce qui fait éclater l'intention de dissimuler un prêt usuraire dans une vente, c'est en effet la clause de rachat (non pas seule, bien entendu, mais accompagnée de certains éléments variables). Cette clause a pour but de rendre la transmission conditionnelle et temporaire. Supprimons ce caractère et supposons une vente pure et simple, à vil prix et suivie de relocation, elle ne constituera pas un contrat pignoratif. L'acheteur, étant propriétaire, peut louer à qui il veut, à son vendeur comme à tout autre ; la relocation n'est donc pas critiquable. La vilité du prix n'entraînerait pas davantage nullité de la vente, tout au plus dans les conditions de l'article 1674, serait-elle une cause de rescision. En somme, on le voit, si ces divers faits, sont adjoints à une vente sans clause de rachat, ils constitueront des clauses plus ou moins avantageuses, mais l'opération sera néanmoins licite et inattaquable.

purement civile dans laquelle les circonstances étrangères à l'acte même attaqué ne peuvent entrer que comme éléments plus ou moins afférents. — *Quid* de la vilité du prix? Elle n'est pas de l'essence du contrat pignoratif, bien que le plus souvent elle en soit un élément. La vilité n'a en effet d'autre but que de rendre plus profitable au prêteur l'opération pour le cas où le réméré ne serait pas exercé, mais l'impignoration existe sans cela et par le seul fait que, violant l'article 2078, la convention tend à rendre le prêteur propriétaire du bien donné en nantissement, faute de remboursement à l'échéance. Voilà l'élément véritablement irritant d'un tel contrat, et il existe quand même la valeur de la chose n'excéderait pas le prix convenu dans la vente. La vilité du prix formera souvent un indice de nature à déterminer le juge, mais voilà tout (1). — Reste enfin la relocation. Pour nous pas plus que les autres faits précédemment cités, elle n'est de l'essence même du contrat pignoratif; si en effet elle est frauduleuse, elle tend à ménager au prêteur (acheteur apparent), la perception déguisée d'intérêts usuraires, et nous venons de montrer que l'impignoration illicite existe quand bien même le créancier n'en retirerait en fait aucun avantage illégal. C'est ce que démontre Chardon (*op. cit.*, t. III, n^{os} 510 et 512), et ses arguments nous semblent condamner clairement la doctrine contraire formulée cependant par un arrêt de la cour de Pau du 15 février 1826.

52. — En résumé des quatre éléments sus-mentionnés, le premier seul est essentiel au contrat pignoratif, et encore ne peut-il le constituer à lui seul. Dès lors ce sera aux tribunaux à examiner dans chaque cas particulier quelle a été l'intention des parties, quelles ont été les circonstances de fait, et c'est d'après ces données combinées avec celles qui résultent de la forme et des clauses de l'opération qu'ils statueront sur la nature et la valeur de l'acte qui leur a été déféré. C'est ainsi que, le plus souvent, une vente à réméré faite à vil prix et suivie de relocation, sera tenue pour pignorative (Colmar, 12 février 1831). Pour discerner l'intention des parties, le juge pourra recueillir tous les indices,

1. D'ailleurs si c'est un immeuble qui a été vendu à vil prix à réméré sans avoir à prouver autre chose que la lésion, le vendeur pourra, en invoquant l'article 1674, faire tomber le contrat par l'action en rescision.

recourir à tous les moyens que la loi met à sa disposition, par exemple il pourra (art. 1353) admettre des présomptions graves précises et concordantes. C'est ce qu'a décidé à bon droit la cour de Rennes le 20 février 1816 (aff. Jason contre Haranchipy). L'appréciation des circonstances et de l'intention des parties, telle qu'elle résultera des décisions de première instance et d'appel, ne pourra être déferée à la Cour de cassation comme fausse. Les juges ordinaires de dernier ressort en connaîtront sans rectification possible.

53. — Que deviendra la vente à réméré dans laquelle une impignoration déguisée aura été reconnue? 1° En tant que vente, elle sera annulée et les parties seront replacées dans le même état que si elles avaient tout d'abord conclu un prêt sur nantissement soit mobilier, soit immobilier; 2° Si la vente en question avait été suivie de relocation, il nous semble que la seule sanction de l'usure qu'elle recèle sera le remplacement des fermages pour l'avenir, par l'obligation imposée à l'emprunteur de payer annuellement les intérêts au taux légal de la somme qu'il a reçue, sauf imputation (sur les intérêts légaux déjà échus et non encore payés et sur le capital de cette somme subsidiairement) des sommes déjà payées par lui. Cette solution ne saurait être rejetée sans violer manifestement l'intention des parties qui a été de faire un prêt. Le système qui anéantirait complètement l'acte vicié d'impignoration serait de plus en contradiction avec les principes posés par la loi de 1807 (art. 3). Une opération usuraire faite ouvertement, doit être, dit ce texte, non pas annulée, mais réduite aux conditions d'un prêt licite; pourquoi statuer différemment lorsqu'il s'agit d'une opération dans laquelle l'usure est déguisée?

54. — Cependant M. Carol (op. cit.) préconise une solution beaucoup plus rigoureuse et que nous essayerons de réfuter. Voici son système brièvement résumé : « L'élément irritant du contrat qui nous occupe est, dit-il, dans la déchéance du droit de retirer à l'expiration du délai stipulé ou légal. Cette déchéance rend l'acheteur propriétaire incommutable. Si donc la vente à réméré n'est que la simulation intentionnelle d'un prêt sur nantissement avec pacte commissaire »; c'est sous ce rapport qu'on doit l'envisager. Cette vente devra donc être maintenue si le retrait vient à être accompli avant l'expiration du délai, le déguisement qu'elle

contient n'ayant nui à personne ; dans le cas contraire, elle tombera sous le coup de l'article 2088.—Mais il ajoute, ce qui ne nous semble pas exact : « Si la nullité de la vente à réméré est prononcée, ce contrat ne saurait subsister en qualité de prêt sur gage ou avec antichrèse ; il tombera tout entier comme conférant un nantissement et ne survivra que comme prêt nu. Comment faire valoir l'impignoration comme antichrèse, alors que le code, en attribuant au créancier antichrésiste le droit de percevoir les fruits, suppose que le fonds est en sa possession (art. 2071 et 2085?) Or, en l'espèce, il n'est pas possesseur et ne peut demander à le devenir, car son titre ne lui confère pas ce droit. Sans doute l'opération sera traitée comme un prêt, mais sans nantissement, peu importe en somme l'intention des parties ; la garantie en question résulterait d'un contrat de nantissement à la fois consensuel et réel ; or, ce contrat ne peut être compris dans notre opération, car si l'élément consensuel s'y rencontre, le créancier n'étant pas nanti, l'élément réel fait défaut. En vain dira-t-on que le vendeur apparent étant relocataire, a possédé pour le compte du prêteur : la vente étant annulée comme vente, la relocation l'est du même coup, et le vendeur se trouvant avoir été toujours propriétaire, n'a pu posséder que pour lui-même (v. Dalloz, Rép. V, nantissement, n° 316.) Maintenir l'impignoration à titre de gage ou d'antichrèse serait une vraie faveur pour le prêteur, et vraiment en est-il bien digne, après les tentatives qu'il a faites pour tourner les prohibitions de la loi?

55. — Le raisonnement précédent pêche, à notre avis, par deux endroits : 1° Il suppose que le contrat pignoratif annulé contient nécessairement une relocation, et nous avons au contraire prouvé que cet élément peut ne pas se rencontrer, et qu'il n'est plus question d'observer l'ancienne théorie des marques d'impignoration. — Il est donc très possible que l'acheteur apparent ait conservé par devers lui la possession du fonds, et cela écarte l'argument tiré de la combinaison des articles 2071 et 2085. — 2° Admettons même qu'il y ait eu relocation, en quoi notre solution sera-t-elle contraire à ces deux textes? Sans doute le louage sera annulé, mais le vendeur apparent aura possédé jusque-là pour son prêteur, sinon en droit, au moins de fait et vis-à-vis des tiers. Or, la loi, en exigeant que l'antichrésiste soit mis en possession, a voulu que

les tiers fussent, par ce moyen, avertis de l'existence de son droit. C'est dans le même but de publicité qu'elle exige que l'antichrèse soit constatée par écrit (art. 2085), et que cet écrit soit transcrit. (Loi du 23 mars 1855, art. 2, n° 1.) Or ici la vente à réméré a dû être transcrite, et si les tiers ont pu savoir ainsi que l'acheteur est devenu propriétaire (avant l'annulation de l'acte comme vente), que leur importe que le vendeur ait conservé la détention de la chose, ce signe apparent de la propriété pouvait-il à leurs yeux l'emporter sur la négation de son droit, constatée par la transcription de l'acte par lequel il aliénait. Et cette publicité donnée à un droit que le soi-disant acheteur va perdre pour un autre de même nature, mais plus faible, n'équivaut-elle pas et au delà à la publicité de ce dernier? Si oui, les articles 2071, 2074, 2085 ne peuvent nous être opposés, puisque le but qu'ils se proposent se trouve parfaitement réalisé à l'aide d'un procédé différent.

56. — Rien ne s'oppose donc à ce que le contrat pignoratif annulé comme vente à réméré vaille comme prêt sur nantissement. C'est ce qu'a reconnu la jurisprudence à maintes reprises. (D. P., 1838, 2112. — 1853, 1102 ; — et surtout : Alger, 14 mai 1878 ; *Journ. des notaires et des avocats*, 1879, page 167.) Et telle est également la décision du Code civil autrichien et du code Albertin (sarde), dont l'article 2139 voyait dans la vente à réméré pignorative, même suivie de relocation, un simple prêt sur antichrèse. Cette disposition n'a pas d'ailleurs été reproduite dans le Code civil italien.

57. — Remarquons en terminant que l'action en nullité d'un contrat pignoratif est régie non pas par l'article 1304, mais par l'article 2262, et comporte dès lors une prescription non pas décennale, mais trentenaire. Il s'agit ici de demander non pas l'annulation complète de l'opération, mais l'interprétation de l'acte. Cette interprétation, en harmonisant la convention des parties avec les dispositions de la loi, a sans doute pour conséquence l'anéantissement de la vente à réméré pignorative en tant que vente ; mais, qu'on le remarque bien, ce n'est là que l'effet accessoire de la décision rendue, et dès lors l'action intentée pour provoquer la sentence en question n'est pas une action en nullité aux termes de l'article 1304.

Cette solution peut d'ailleurs s'autoriser des précédents : les

Parlements avaient admis dans l'espèce la prescription trentenaire de l'action, et rien n'exige qu'il soit aujourd'hui dérogé à cette manière de voir.

SECTION IV. — DE LA VENTE SUIVIE D'UNE PROMESSE UNILATÉRALE DE REVENTE FAITE PAR L'ACHETEUR POUR LE CAS OU LE VENDEUR LUI REMBOURSERAIT LE PRIX.

58. — En fait, et à première vue, le résultat de cette combinaison est le même que celui d'une vente à réméré. Mais la nature des deux opérations est profondément différente. — La faculté de rachat est une condition résolutoire insérée *in continenti* dans la vente ; la promesse de revente est, au contraire, une simple promesse unilatérale qui ne produira son effet que du jour où, en l'acceptant et en restituant le prix par lui reçu à l'origine, le vendeur primitif l'aura rendue synallagmatique et en aura fait ainsi, aux termes de l'article 1589, une vente parfaite. De ce jour un nouveau contrat prendra naissance, qui entraînera retranslation de la propriété au vendeur originaire. Mais le premier contrat ne subira pas de résolution et conservera tous les effets qu'il a produits jusqu'à ce moment ; l'acheteur aura donc eu la propriété intérimaire, et la chose restera entre les mains du propriétaire primitif qui l'a rachetée, grevée de toutes les servitudes, hypothèques et charges réelles qui l'auront frappée du chef de l'acquéreur propriétaire dans l'entre temps. — Ce sera une nouvelle vente et, par ce motif, un nouveau droit d'enregistrement de 5 fr. 50 par 100 francs sera dû. Enfin, tandis que le réméré ne peut être exercé que dans les cinq années qui suivent la vente, le vendeur pourra, durant trente ans, se prévaloir de la promesse que lui a faite son cocontractant, car c'est là une obligation de faire qui est soumise aux principes généraux en matière de prescription.

CHAPITRE IV

SITUATION DES PARTIES PENDANT LE DÉLAI DE RÉMÉRÉ

SECTION I^{re}. — NOTIONS GÉNÉRALES

59. — Pour bien connaître la situation des deux parties pendant le délai d'exercice de retrait, il faut examiner d'abord brièvement quelle est en général la condition des deux cocontractants entre la conclusion de la convention et l'événement de la condition résolutoire.

La nature de la condition résolutoire a été fort discutée. Quelle que soit sur ce point l'opinion qu'on adopte, on doit toujours, lorsqu'il s'agit d'interpréter la loi, s'incliner devant la définition (peut-être sujette à critique) en raison de l'article 1183 : « La condition résolutoire est celle qui lorsqu'elle s'accomplit opère la révocation de l'obligation et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé. » Voilà l'indication générale des effets de notre condition accomplie : Elle rétroagit, mais à quel titre ? Cette rétroactivité est-elle l'expression de la réalité ou bien n'est-elle qu'une fiction ? Cette seconde manière de voir nous semble plus conforme que la première à la volonté des parties, volonté qui doit toujours être respectée et qui dans un contrat sous condition résolutoire est celle-ci : « Créer au profit du stipulant un droit subordonné dans son existence à la défaillance de la condition, réserver par réciprocité au promettant un droit subordonné dans son existence à la survenance de cette même condition. » Dans notre opinion on est donc amené à ne reconnaître qu'une seule espèce de condition, la condition suspensive, négative quant au stipulant, positive vis-à-vis du promettant. En appliquant ces idées à la vente à réméré, tout peut se ramener à cette formule : 1^o la propriété de la chose reste *in incerto* jusqu'à l'accomplissement ou à la défaillance de la condition ; 2^o jusqu'à ce moment même, l'acheteur a l'administration et la possession intérimaires. Le retrait étant exercé, le vendeur verra

sa propriété jusque-là douteuse, confirmée pour le passé et assurée pour l'avenir; l'acheteur, au contraire, verra s'évanouir l'espérance de propriété qu'il pouvait jusque-là concevoir légitimement. Que si, au contraire, le réméré n'a pas lieu, les résultats inverses se produisent. Comme le dit M. Léveillé (Résolution pour inexécution des charges) : « Tant que la condition ne se sera pas accomplie ou n'aura pas fait défaut, on ne saura laquelle des deux alternatives triomphera et s'il y aura eu ou non *ab initio*, volonté d'aliéner et en fait aliénation. Peut-être l'aliénateur est-il dès à présent bien que tous et lui-même l'ignorent, dépouillé du droit qu'affectait la condition, peut-être, au contraire, en est-il et en restera-t-il toujours nanti. Nous avons donc deux personnes incertaines d'avoir ou de n'avoir pas le droit auquel toutes deux prétendent. » C'est sur ces données que nous devons nous appuyer pour développer la théorie que comporte notre chapitre. Tous les droits que le vendeur avait avant la vente, il les conservera sous condition suspensive du réméré, quant à l'acheteur il aura acquis par la vente des droits dont l'existence sera subordonnée au non exercice du retrait.

Ces prémisses nettement indiquées, nous pouvons désormais employer avec le sens que nous leur avons attribué les mots : condition résolutoire, condition suspensive.

Passons maintenant à l'étude des droits qui compètent avant le retrait : 1° à l'acquéreur ; 2° au vendeur ; 3° à ceux qui tiennent de ce dernier des droits sur la chose. Nous étudierons enfin le conflit des droits du cessionnaire du vendeur et des créanciers hypothécaires de ce dernier.

SECTION II. — CONDITION DE L'ACQUÉREUR

60. — Par application de la volonté des parties, il sera considéré intérimairement comme ayant l'exercice complet de la propriété.

61. — ART. 1^{er}. **Droit d'administration.**

Il appartient à l'acheteur d'une façon complète. Il pourra donc exiger que le vendeur lui fasse tradition de la chose et lui cède tous les papiers, tous les titres qui s'y rapportent et dont il pour-

rait avoir besoin, soit pour la faire valoir, soit pour faire reconnaître par les tiers contestants les droits que le vendeur avait sur elle (en intentant une action en revendication confessoire, etc. ou en y défendant) soit enfin pour se soustraire aux charges dont les tiers pourraient la dire grevée à leur profit.

Pas de difficulté non plus à lui permettre de faire les actes de libre administration, et à cet effet, il pourra faire subir à la chose toutes les modifications qu'il jugera utiles, au lieu d'être tenu, comme le serait un usufruitier, à la conserver, *salva substantia*; il pourra donc changer le mode d'exploitation de la chose, si c'est une terre arable il pourra la couvrir de constructions, etc. La situation des deux personnes est, en effet, bien différente. L'usufruitier a un droit actuel mais temporaire qui ne s'exerce que par la jouissance et qui est limité par le droit supérieur et définitif du nu-propriétaire. L'acheteur à réméré, au contraire, a l'exercice de tous les attributs de la propriété, il peut (art. 1664) aliéner la chose, s'il le veut, il peut donc aussi la retenir en l'administrant à son gré et en tirant d'elle toute l'utilité qu'elle comporte (*Sic*, Orléans, arrêt du 20 mars 1816.)

62. — Mais quelque large que soit son pouvoir d'administrer, la loi y a porté une notable restriction commandée, d'ailleurs, par des raisons d'équité puissantes. Art. 1751 : « L'acquéreur à pacte de rachat ne peut user de la faculté d'expulser le preneur, jusqu'à ce que par l'expiration du délai fixé pour le réméré il devienne propriétaire incommutable. » Bien entendu le texte suppose que le bail contient la clause qu'en cas de vente du fonds dont il s'agit, l'acquéreur aura droit d'évincer le preneur. Cette solution a été empruntée par le Code à notre ancienne jurisprudence. (Brodéau, sur Louët, l. IV, ch. IV, n° 9), en faisait l'application à l'hypothèse de la loi *Æde*, il refusait à l'acheteur à réméré le droit de se prévaloir de ce texte pour expulser le locataire de la maison. Dans ce sens un arrêt du 6 mars 1617 décida « que l'acheteur n'est pas en l'espèce seigneur et propriétaire incommutable pendant le temps de la grâce (de rachat), ne pouvant être évincé lui-même par son vendeur, il n'est pas juste qu'il évince et expulse le locataire qui a droit de lui. » Un arrêt de 1637 reproduisit cette solution, non plus seulement pour le cas de la loi *Æde*, mais en lui donnant la généralité que l'article 1751 lui a depuis attribuée

(Bretonnier sur Henrys, tom. IV, p. 28). Cependant Pothier (Louage, n° 295) la combat en discutant un arrêt de 1662 conforme aux précédents ; pour lui, et telle était l'opinion reçue à Orléans, l'acquéreur à réméré a obtenu « un droit dans la chose, qui lui donne le pouvoir d'en jouir et par conséquent d'expulser le fermier envers qui il n'a contracté aucune obligation. » Peut-on approuver un semblable raisonnement ? Le fermier et l'acheteur à pacte de rachat, étrangers l'un à l'autre, ne sont-ils pas tous deux les ayants cause d'un même auteur et n'est-ce pas le cas d'appliquer ici l'adage : *In pari causa melior est conditio possidentis* ? C'est bien, en effet, l'intention de notre législateur, l'article 1751 le prouve surabondamment. Ce texte est d'ailleurs fondé en équité comme en droit. Il n'y a pas d'inconvénient sérieux à limiter ainsi le droit d'administration de notre acheteur, car cette gêne ne durera jamais plus de cinq ans et ne lui causera qu'un préjudice bien inférieur à celui qui résulterait pour son vendeur de l'expulsion du preneur et du recours de ce dernier.

63. — A propos de l'article 1751 s'élève une question intéressante : Doit-il s'appliquer au cas où le bail n'a pas reçu date certaine avant que la vente à réméré l'ait reçue elle-même ?

Oui, disent certains auteurs (Duranton, t. XVII, n° 154), le texte ne faisant aucune distinction. Décider autrement, ce serait exposer le bailleur à l'action récursoire du preneur expulsé. Contraint à payer dès lors des dommages-intérêts, le bailleur éprouverait donc une nouvelle difficulté à exercer le retrait. D'ailleurs, ajoute-t-on, comment permettre à l'acheteur à réméré d'évincer un locataire même n'ayant pas un titre à date certaine alors qu'il n'est qu'un ayant-cause représentant le vendeur et n'ayant que les droits de celui-ci ? — Cette argumentation ne nous semble pas décisive, et nous préférons restreindre l'application de l'article 1751 au cas où le bail a date certaine, antérieure à celle de la vente à réméré. En effet cette disposition de la loi est une dérogation au cas de l'article 1744 qui forme lui-même exception à la règle de l'article 1743. Ce dernier texte suppose un bail ayant date certaine avant l'aliénation consentie par le bailleur, l'article 1751 qui en fait l'application (nonobstant la stipulation de l'art. 1744) au cas où cette aliénation est faite sous clause de réméré suppose donc également que le titre du preneur a date certaine dans les conditions que nous ve-

nons d'indiquer. Cette opinion est également conforme aux principes généraux, l'article 1328 s'applique en effet entre les ayants-cause d'un même individu. Enfin si elle expose le vendeur à un recours en dommages-intérêts de la part de son locataire, il ne doit s'en prendre qu'à son imprudence, que n'a-t-il en vendant à réméré imposé à son acquéreur l'obligation de respecter le bail à tout événement?

64. — Hormis la restriction de l'article 1751, l'acheteur à réméré à *pendente conditione* le droit d'administration le plus large. Il pourra donc donner la chose à bail non pas seulement pour neuf ans (comme le mari au cas de l'art. 1429), mais pour un temps quelconque, et par une remarquable particularité que nous nous bornons à indiquer pour l'instant, ces baux tiendront, malgré l'exercice du retrait, quelle que soit leur durée, pourvu qu'ils aient été faits sans fraude (art. 1673, voir n° 235). — Il pourra également percevoir et consommer les fruits et produits de la chose, et si dans le fonds un tiers découvrait un trésor, il aura droit à la moitié afférente au propriétaire du sol. Il bénéficiera de tous les accroissements tels qu'alluvion, portions reconnaissables adjointes au fonds et non revendiquées dans l'année par le riverain dépouillé (dans les termes de l'art. 559), etc. Par contre il devra supporter d'une façon définitive toutes les charges de sa jouissance, ce qui aura pour effet de le soumettre à la nécessité de faire les dépenses d'entretien et de payer les impôts.

65. — Art. II. **Droits résultant de la possession.**

Tous ce nous avons dit jusqu'ici des droits intérimaires de l'acheteur est l'application des premiers mots de l'art. 1665 : « L'acquéreur à pacte de rachat exerce tous les droits de son vendeur (1) ». La fin de cet article offre une disposition intéressante à plusieurs points de vue : « Il peut prescrire, dit-il, tant contre le véritable maître que contre ceux qui prétendraient des droits ou hypothèques sur la chose vendue. » Il y a là deux faits distincts à examiner. 1° La vente à réméré a porté sur la chose d'autrui. La loi permet à l'acheteur de prescrire contre le *verus dominus*. — 2° La même vente

1. Remarquons en passant! que ce mot « Exerce » concorde avec notre théorie qui reconnaît à l'acheteur pendant le délai non pas la propriété mais sa simple mise en œuvre.

ayant été faite *a vero domino*, l'acheteur peut prescrire contre les droits réels concédés à des tiers par les précédents propriétaires. — Au premier cas : prescription acquisitive ; au second, prescription libératoire, sauf une exception.

66.—§1.*Prescription acquisitive contre le vrai propriétaire.*

Il est tout naturel que la possession de l'acheteur puisse la fonder, car elle est l'exercice du droit du vendeur ; si donc il n'y a pas retrait, l'acheteur se trouvera rétroactivement avoir possédé depuis la tradition qui lui a été faite, *proprio nomine* ; de plus, par application de l'article 2235, il pourra joindre à sa possession celle de son auteur, afin d'arriver à la prescription soit décennale, soit trentenaire. C'est ce qu'a décidé la cour de Paris par arrêt du 16 novembre 1835 ; et, ce qu'on ne conteste guère. Cette décision a d'ailleurs statué dans un cas qui aurait pu faire plus de doute que tout autre : l'acheteur à réméré avait laissé la chose aux mains du vendeur jusqu'à l'expiration du délai de réméré, la Cour jugea que dans l'intervalle il avait possédé *corpore alieno*, mais d'une façon utile quant à la prescription.

67. — Si, au contraire, le vendeur vient à exercer le réméré, des difficultés peuvent naître. Le vendeur peut-il se prévaloir de la possession intérimaire de l'acheteur et dire qu'elle a été exercée en fin de compte à son profit ? Supposons que A vende à réméré à B la chose d'un tiers après qu'il l'a possédée pendant vingt-sept ans et que, quatre ans après l'aliénation, il exerce le retrait et se trouve en butte à la revendication du propriétaire, aussitôt le réméré effectué. A notre avis, il ne pourra invoquer la prescription. Sans doute le retrait est rétroactif, mais cette rétroactivité ne saurait prévaloir contre des faits matériels. Comment le vendeur serait-il réputé avoir possédé d'une façon continue ? La vérité matérielle est que dans l'entre temps c'est l'acheteur qui l'a possédée. Un droit conditionnel peut bien être considéré comme n'ayant jamais eu d'existence légale ; mais une possession, fût-elle exercée en vertu d'un droit de cette nature, ne peut être ainsi effacée. Elle a eu lieu, rien ne peut aller là contre, pas même la fiction de la loi. Pour dire que cette possession doit profiter au vendeur retrayant, il faudrait donc prétendre qu'il a possédé par l'intermédiaire de l'acheteur, et cela n'est guère admissible. Comment faire de ce dernier l'ayant-cause du vendeur, puisque le retrait

est justement venu démontrer que le retrayé n'a pas eu de titre, n'a pas été par conséquent l'ayant-cause du retrayant et n'a donc reçu aucun mandat de posséder pour lui. Et nous pouvons ajouter que la supposition d'un mandat tacite serait contraire à l'intention probable des parties : tout ce que l'acheteur voulait, c'était qu'éventuellement, et pour le cas où il deviendrait propriétaire incommutable, il pût compter sur le bénéfice de la possession dont nous parlons.

La revendication du tiers propriétaire triomphera donc, à notre avis, de toute défense tirée par le retrayant d'une prétendue prescription fondée sur la jonction à sa possession de celle du retrayé.

68. — § 2. *Prescription contre les droits réels prétendus sur la chose.*

Il peut être question pour l'acheteur de prescrire contre les tiers qui se prétendent titulaires de droits réels sur la chose. Bien entendu, pour qu'ils puissent invoquer leurs droits contre cet acheteur, il faut qu'ils aient transcrit les actes constitutifs avant la transcription de la vente à rachat, sinon ils seront repoussés par l'acquéreur par la seule raison qu'il a le premier transcrit. — Si, au contraire, les formalités de publicité ont été remplies par le demandeur et le défendeur, celui-ci pourra invoquer la prescription libératoire soit de trente ans s'il s'agit d'hypothèques, de servitudes et d'usufruit (1), soit celle de dix à vingt ans en matières d'hypothèques ; si, à la bonne foi initiale, se joint une durée de possession de dix ans (2) appuyée sur un juste titre. Dans ce dernier cas remarquons, avec l'article 2180, que les dix ans ne commenceront à compter qu'après la transcription de l'acte de vente qui a dessaisi le constituant.

69. — A propos de prescription libératoire ou acquisitive de servitudes, une question sérieuse peut s'élever. Le vendeur et son acheteur peuvent être propriétaires de fonds voisins, et l'objet de

1. Nous admettons, sans le démontrer, que ces deux droits ne sont pas susceptibles de prescription décennale.

2. La possession utile dans ce cas se compte depuis que la chose est passée aux mains d'un tiers acquéreur ; dès lors, si la vente à réméré a été consentie par le constituant, l'acheteur ne pourra jamais invoquer la prescription en question qu'une fois expiré le délai de réméré.

leur convention a pu être un fonds grevé de servitude au profit d'un fonds appartenant à l'acquéreur, ou bien au contraire bénéficiaire d'une servitude imposée à ce dernier. — Pendant le délai de réméré, la prescription libératoire de la servitude antérieurement commencée peut-elle s'achever au bénéfice du fonds servant de telle sorte que la confusion intérimaire des deux immeubles cessant par l'exercice du retrait la servitude reste définitivement éteinte ?

Deux systèmes, tous deux fondés sur de sérieuses considérations, sont ici en présence. Le premier tient que la prescription a pu s'accomplir à l'effet de libérer le fonds servant, et pourra être invoquée si le réméré a lieu. Le second soutient la solution contraire.

70. — *Premier système.* — Supposons le fonds de l'acheteur grevé d'une servitude au profit du fonds vendu à réméré, les trente ans de prescription par non-usage sont parfaits avant l'exercice du retrait celui-ci venant à se réaliser, la servitude restera néanmoins éteinte. (Duranton XVI, n° 411). — A l'appui de cette thèse on invoque plusieurs arguments : 1° Sans doute l'acheteur n'a pas *pendente conditione* possédé le fonds dominant à titre précaire, mais bien *pro suo* ; sans doute aussi après la vente il y a eu confusion des deux fonds, mais elle a cessé par suite du retrait et ce d'une façon rétroactive. Comme dès lors le vendeur est réputé n'avoir jamais cessé d'être propriétaire, l'acheteur a dû tirer de l'inaction de ce dernier le bénéfice de la prescription libératoire, car dans le délai il a terminé l'usucapion de la liberté de son immeuble contre le fonds dominant resté en droit la propriété du vendeur. — 2° Rien d'injuste à cela, car le vendeur aurait pu, s'il avait été prudent, empêcher la prescription de se terminer. Il est vrai qu'il ne pouvait déposséder l'acheteur sans exercer le retrait et que, dès lors, l'interruption naturelle résultant d'un exercice effectif de la servitude ne lui était pas permise ; mais une ressource lui restait, bien suffisante, que n'employait-il les modes d'interruption civile que la loi mettait à sa disposition ? Il pouvait en user, comme propriétaire (et par suite titulaire de la servitude), sous condition suspensive, car ils constituent des actes conservatoires qui, comme tels, peuvent être pratiqués *pendente conditione* aux termes de l'article 1180,

71. — *Second système.* — La prescription n'a pu s'accomplir et les trente ans fussent-ils terminés entre la vente et le réméré, celui-ci une fois effectué, la servitude continuera d'exister, et pour être prescrite exigera encore une durée de non-usage égale à celle qui s'est écoulée en vain depuis la vente jusqu'à l'expiration des trente années. Cette manière de voir est parfaitement conforme à l'article 704 ; la confusion a mis un obstacle de fait à l'existence de la servitude ; cet obstacle disparaissant, la servitude reprend ses effets et revit. C'est d'ailleurs ce que le Code décide en matière de délaissement hypothécaire (art. 2177). Et si le premier système objecte qu'à raison de la rétroactivité du retrait l'acheteur a possédé *pro suo* d'une façon utile pour prescrire, le second répond que la rétroactivité ne saurait s'appliquer qu'aux conséquences produites en droit par la confusion non à ses conséquences de fait ; la réunion des deux fonds est un fait matériel qui a rendu impossible toute interruption de la part du vendeur, comment donc alors opposer à celui-ci un non usage auquel il était contraint absolument ? (Loi 7, D, *de fundo, dot.*) Cette objection, nos adversaires l'admettent pour partie, mais ils la contestent en disant : Le vendeur pouvait faire les actes purement juridiques qui emportent interruption civile. C'est là un point sur lequel notre doctrine ne saurait tomber d'accord avec la leur ; sans doute ce sont là des actes conservatoires, mais comment concevoir de tels actes à l'effet de conserver ce qui n'est plus ? La confusion éteint, provisoirement au moins la servitude, comment s'y prendrait le vendeur pour intenter contre l'acheteur une action en justice, le citer en conciliation, diriger contre lui une saisie ou un commandement « pour le cas éventuel de l'exercice du réméré ? » (Duvergier, Vente, t. II, n° 66). En présence de ces arguments, le doute nous semble difficile. Et nous adhérons à ce second système, bien que le dernier point de vue de ses partisans nous semble fort contestable. Nous ne pensons pas que la confusion éteigne la servitude et dès lors s'oppose à tout mode de conservation ; à notre avis le vendeur en reste titulaire sous condition suspensive, donc il pourrait faire jusqu'au jour du retrait les actes d'interruption civile fondés sur son droit conditionnel. Mais ce qui nous détermine à voir dans le réméré un fait qui ne laisse pas la prescription opposable au retrayant, c'est d'abord que pratique-

ment la rétroactivité n'empêchera pas que l'acheteur ait possédé jusque là les deux fonds, que dès lors il y ait eu obstacle de fait à l'interruption naturelle; c'est aussi que le vendeur n'ayant depuis la vente qu'un droit conditionnel de servitude, on doit lui appliquer l'article 2257 en vertu duquel les droits conditionnels ne sont pas sujets à prescription libératoire.

72. — Nous donnerons la même décision dans le cas où le fonds servant serait celui qui a fait l'objet de la vente à réméré et où la servitude serait due à un fonds appartenant à l'acheteur. Celui-ci, pas plus que le vendeur dans l'espèce précédente, ne pourrait interrompre la prescription, car il est à la tête des deux immeubles et on ne concevrait pas qu'il fit contre lui-même des actes d'interruption naturelle ou civile.

73. — Supposons maintenant qu'une servitude susceptible d'être prescrite par voie acquisitive, c'est-à-dire continue en même temps qu'apparente, ait commencé d'être exercée avant la vente à réméré sur le fonds vendu au profit du fonds de l'acheteur ou réciproquement; cette prescription pourra-t-elle se terminer dans l'intervalle de la vente au rachat, de telle sorte que celui-ci étant opéré, l'acquisition de la servitude soit maintenue? Nous ne le pensons pas, car la réunion des deux immeubles dans la main de l'acheteur aura mis obstacle à toute interruption. Cela se conçoit, si le fonds qui prétend à la servitude est le fonds acquis à réméré, car le vendeur n'en étant plus détenteur, on ne peut plus faire contre lui les actes qui interrompraient la prescription acquisitive; sans doute nous supposons que la servitude à obtenir est continue et s'exerce sans le fait actuel du propriétaire du fonds prétendu dominant; mais le vendeur ne saurait s'en prévaloir, puisque cet état de fait n'a pas été maintenu par l'inaction de l'acheteur, mais à raison de son droit d'exercer la propriété du fonds vendu et d'user des travaux qui y ont été faits. — Que si, au contraire, c'est sur le fonds vendu à rachat que la servitude doit peser, la décision à donner sera la même; l'acquéreur ne pourrait pas être en butte à des actes interruptifs, car ils ne peuvent pas être faits ici sous condition; le vendeur étant sans pouvoir pour s'opposer à la prescription, on ne saurait sans injustice la déclarer obligatoire pour lui.

74. — Si nous résumons tout ce que nous avons dit précédem-

arguments principaux : 1° Argument tiré des précédents. En droit romain, le droit de créance est celui qui autorise une personne à exiger d'une autre qu'elle donne, fasse ou s'abstienne ; le droit réel consiste à retirer d'une chose son utilité sans l'aide de personne, et à pouvoir réclamer de tous pour cette chose un respect absolu mais passif (Gaius, IV, §§ 2 et 3). A Rome, tout droit reconnu par la loi était sanctionné par une action réelle ou personnelle. La première était généralement donnée contre tout détenteur de la chose, elle se donnait aussi parfois contre des non-possesseurs, ainsi la revendication se donnait contre celui qui avait cessé de posséder par dol, d'autres fois elle ne se donnait que contre les détenteurs qui réunissaient certaines qualités, ainsi la Publicienne et la Pétition d'hérédité. A l'inverse, certaines actions personnelles (*noxales*, *quod metus causa*, *ad exhibendum*), étaient employées contre des possesseurs quelconques. On ne saurait donc, d'une façon exacte, dire que l'action *in rem* était donnée contre tous, l'action *in personam* contre les personnes obligées seulement. Dans notre ancien droit, fut introduite la qualification d'*actiones in rem scriptæ personales*. Mais elle s'appliquait à des actions purement personnelles, telles que l'action *quod metus causa*, laquelle en était l'exemple le plus saisissant. Cela posé, nul doute qu'à Rome l'action du vendeur à réméré ne fût personnelle, cela ressort d'une façon évidente du rescrit d'Alexandre Sévère (loi 2. C. de *Pactis inter empt.*) déjà mentionné précédemment (n° 6) et qui donne au vendeur pour se prévaloir du réméré, l'action *venditi* ou *præscriptis verbis* ; on peut ajouter que le retrait ne pouvait être effectué que contre l'acheteur lui-même (V. n° 7). La personnalité du droit du vendeur à réméré passa dans la doctrine de nos anciens auteurs et Pothier (*Introd. générale aux coutumes*, nos 118, 121 et s.), en divisant les actions en réelles, personnelles et mixtes, définit ces dernières : celles qui, nées d'un rapport d'obligation personnelle tendent à obtenir la chose objet de ce rapport. Ce sont, en d'autres termes, des *actiones personales in rem scriptæ* suivant la chose entre les mains de tout tiers détenteur « pour qu'il la délaisse comme affectée à l'exécution de l'obligation dont le demandeur est titulaire. » On peut, dit-il, apporter pour exemple l'action de réméré.

Et dans son livre sur le contrat de vente, définissant le droit

qui engendre cette action, il ajoute : « C'est plutôt un *jus ad rem* qu'un *jus in re* », en d'autres termes c'est une créance dérivant pour l'acheteur de la stipulation du droit de retrait que l'acquéreur s'est engagé à subir. Notre ancien droit n'a donc pas modifié la nature personnelle qui, à Rome, était attribuée au droit du vendeur à réméré, tout au plus accordait-il contre les tiers l'action qui en résultait. Le Code a suivi cette doctrine par cela même que nulle part il n'a exprimé l'intention de l'abandonner. — 2° Argument tiré de l'incompatibilité de deux propriétés existant sur la même chose. La propriété est un droit exclusif de son essence ; comme telle elle ne peut appartenir à plusieurs ensemble. Or, tout démontre que l'acheteur est propriétaire, l'étude de sa condition pendant le délai de réméré le prouve surabondamment ; il est actuellement investi de la propriété sous condition résolutoire. Dès lors, tant que le retrait n'aura pas été exercé, le vendeur n'aura pour tout droit qu'une créance éventuelle de reprise, il s'est entièrement démis de son *jus in re*, il ne conserve plus qu'un *jus ad rem* conditionnel. 3° Argument tiré de ce qu'à une condition résolutoire ne correspond pas une condition suspensive inverse. L'obligation est conditionnelle quand on fait dépendre sa formation ou son extinction d'un événement futur et incertain. Dans les contrats synallagmatiques, la condition suspend ou résilie les obligations et les droits réciproques nés du contrat. Quant à ceux qui existaient antérieurement, « il importe peu, dit M. Cazalens que leur conservation ou leur résolution dépende de l'existence des obligations engendrées par le contrat et par suite, médiatement de la condition. » Car la nature d'une condition dépend de ses effets immédiats, non de ses effets simplement médiats. En l'espèce, les parties veulent que le réméré survenant, les droits de l'acheteur soient détruits, voilà le but immédiat de cette condition ; sans doute son événement entraînera rétablissement des droits antérieurs du vendeur, mais ce n'est là qu'un effet médiate dont on ne doit pas tenir compte pour qualifier la condition ; on doit donc dire que celle-ci est résolutoire, et qu'elle n'est pas en même temps suspensive à l'égard du vendeur. Celui-ci est donc jusqu'au réméré absolument dépouillé des droits que par la vente l'acquéreur a obtenu ; tout ce qui lui reste, c'est le droit personnel d'agir par l'action de réméré. (*Sic.* Savigny. *Système du droit ro-*

main, III, p. 154, note 1. Cass. 14 avril 1847. Paris, 12 août 1871. Cass. 23 août 1871. D. P. 1873. 1 p. 123 et la note de M. Cazalens.)

79. — 2° *Système de la majorité des auteurs. Pendente conditione*, le vendeur est propriétaire sous la condition suspensive de l'exercice du retrait. C'est la doctrine qui lui accorde un droit réel ; c'est celle que nous proposerons d'admettre et que la jurisprudence belge a constamment consacrée (Bruxelles, 10 novembre 1815, et Cass. rej. 15 juin 1818 : *Pasicrisie*, 1815, p. 519, et 1818, p. 123. — Liège, 24 févr. 1817 : *Pasicrisie*, 1817, p. 336.) Le précédent système fait trop bon marché de la véritable intention des parties ; lors de la vente, le vendeur avait ce désir : aliéner, si en fin de compte il ne devait pas se produire de réméré ; l'acheteur, en sens inverse entendait acquérir pour le cas où il n'y aurait pas retrait dans le délai. En somme les contractants ont voulu que la propriété demeurât *in incerto* jusqu'à l'accomplissement ou la défaillance de la condition. Ce qui est actuel, c'est pour l'acquéreur le droit d'escompter par avance sa propriété éventuelle, pourquoi n'en serait-il pas de même de l'aliénateur ? Nous ne disons pas que la condition du réméré est double et comprend à la fois une condition résolutoire et une condition suspensive ; nous la considérons comme suspensive vis-à-vis des deux parties à la fois et d'une façon inverse.

Il n'y a donc aucune contradiction à reconnaître au vendeur un droit éventuel de même nature que celui de l'acheteur : il n'y a pas concurremment deux propriétaires, il y a une seule propriété dont le titulaire sera inconnu tant que la condition restera en suspens.

Si l'on ne reconnaissait au vendeur à réméré qu'un droit de créance, on aboutirait à ce résultat : qu'au cas de retrait il serait vis-à-vis des ayants cause de l'acheteur considéré comme ayant eu la propriété intérimaire, et vis-à-vis des siens comme ayant été sans droit sur la chose pendant l'entre-temps. Ce serait supposer qu'il a eu l'intention, lors de la passation du contrat, de faire à son détriment l'abandon d'un droit qui ne pouvait servir à personne autre qu'à lui ! — Les deux derniers arguments de la jurisprudence ne sont donc pas probants. Faudra-t-il cependant nous incliner devant l'autorité d'une tradition incontestablement

contraire à notre système ? En aucune façon, les précédents dont ils s'agit ne peuvent être invoqués sous l'empire du Code, car il y a été dérogé par les articles 1138 et 1583 qui contiennent une grande innovation. Jusqu'en 1804 l'obligation de donner ne rendait pas par elle-même le créancier propriétaire ; l'exercice du retrait ne pouvait donc que créer à la charge du retrayé une simple obligation de retransférer la chose au vendeur au moyen de la tradition. Ce dernier, du jour où il avait aliéné au jour du retrait, avait donc une simple créance de restitution. Aujourd'hui l'obligation de donner contractée par l'acheteur sous condition que le retrait serait exercé est parfaite par cet événement, et le droit conditionnel du retrayé avec son exercice repassé de plein droit sur la tête du retrayant pour rejoindre celui que ce dernier avait conservé par devers lui. A quoi bon, s'il en est ainsi, ne conférer au vendeur qu'une créance de reprise ? Le vendeur a incontestablement le droit d'enlever à l'acheteur par le retrait le bénéfice que ce contrat lui avait procuré, ce bénéfice étant un droit réel conditionnel, le pouvoir qu'a le retrayant de le reprendre *ipso jure* par le fait du réméré, est de même nature. Si nous employons le langage habituel, pourquoi ne pourrions-nous dire qu'à une condition résolutoire pour l'acheteur correspond une condition suspensive pour le vendeur ? Comme le dit M. Labbé (*Rev. crit.* 1872, p. 503.) ce sont deux faces d'une même modalité ; il faut bien que le vendeur ait un *jus in re*, puisqu'il a retenu le droit de frapper de résolution la propriété imparfaite qu'il a concédée. De ce que l'acheteur exerce seul le droit de propriété pendant le délai, on ne doit pas conclure qu'il ait seul la jouissance de ce droit, entre deux personnes ayant sur une même chose un même droit suspendu par deux conditions inverses, il faut bien que l'une ait l'exercice de fait de ce droit, mais au fond qu'importe cela à l'existence du droit de l'autre ? Et le vendeur, nous le répétons, a bien un droit conditionnel de propriété puisqu'il dépend de lui de le réaliser par le réméré, il a une chance de propriété ; en se la réservant il n'a conféré qu'une chance inverse ; « l'acheteur n'ayant pas la certitude que sa propriété sera assurée pour toujours n'a pas une propriété entière, ce qui lui manque subsiste au profit de l'aliénateur... et empêche que celui-ci ne soit absolument désinvesti » (Labbé, *ibid.*). Et l'éventualité de la propriété, qu'est-ce autre chose qu'une propriété sous condition suspensive ?

80.—S'il en est ainsi, le vendeur peut invoquer son droit contre les tiers, et c'est en effet ce qui résulte des articles 1673 et 1664. C'est là un argument sinon complet, du moins sérieux en faveur de notre système. Aussi ses adversaires ont-ils cherché à l'ébranler en contestant la portée de l'article 1664. Tout le monde, disent-ils, reconnaît qu'en exerçant le retrait contre un sous-acquéreur, l'aliénateur doit lui offrir le prix de la première vente, qu'il soit égal, inférieur ou supérieur à celui de la sous-aliénation. C'est la preuve qu'en agissant contre le sous-acheteur, il agit non pas contre un tiers, mais contre le représentant de l'acheteur primitif, de qui le sous-acquéreur tient ses droits. L'article 1664 ne prouve donc pas que le retrayant ait une action *in rem*, c'est une action *personalis in rem scripta* qui n'atteint les tiers que comme ayants cause du retrayé et par voie purement subsidiaire, le retrayé est en réalité mis en cause quand le sous-acquéreur est actionné, cela montre bien qu'il ne peut s'agir en l'espèce que d'un droit personnel. Cette argumentation peut être spécieuse, elle ne nous semble pas concluante. Si pour exercer le retrait contre un tiers acquéreur le vendeur originaire doit préalablement lui offrir le prix de la vente initiale, cela tient uniquement à ce que la condition d'exercice de l'action par le vendeur est le remboursement du prix qu'il a reçu. Peu importe contre qui le retrait sera dirigé, cette condition subsiste invariable; et cela est tout naturel : le contrat de vente et ses clauses ne peuvent être modifiées par ceux qui n'y ont pas été parties. Que les tiers acquéreurs soient obligés de subir le réméré, cela tient à ce qu'ils ont acquis le droit conditionnel de l'acheteur et l'exercice de la propriété, mais cela prouve-t-il que le vendeur ne puisse retirer que contre les ayants cause de l'acheteur ? Nous ne le pensons pas, nous croyons au contraire qu'il peut agir contre tout tiers détenteur de la chose, n'eût-il aucun titre, parce qu'ayant déterminé avec l'acheteur les clauses du rachat, il a droit d'invoquer son contrat sans se préoccuper ni des actes faits ensuite par son contractant et qui sont pour lui *res inter alios acta*, ni des faits à raison desquels la chose sur laquelle il s'est réservé un droit est sortie des mains de l'acheteur.

81. — De ce que le droit du vendeur pendant le délai de réméré est une propriété conditionnelle, on peut conclure à des conséquences fort importantes quant à son droit de disposer. 1° Il

peut *pendente conditione* vendre la chose à un second acquéreur, et ce faisant il accomplit, non pas une cession de créance, mais l'aliénation d'un droit réel (c'est à ce sujet que la jurisprudence a eu à se prononcer sur la nature du droit du vendeur). Cette aliénation rentre dans la classe d'actes visée par l'article 1 de la loi du 23 mars 1855; elle sera donc soumise à la formalité de la transcription. On avertira ainsi les tiers que le droit d'exercer le réméré a cessé d'appartenir au vendeur, les créanciers de celui-ci sauront qu'il cesse de leur être ouvert et qu'ils ne pourront plus s'en prévaloir en vertu de l'article 1166; de plus, à supposer que l'acquéreur du droit en question vienne à retirer, on se reportera au jour de la transcription pour savoir depuis quel moment il est devenu propriétaire *erga omnes* en vertu de l'effet rétroactif du retrait. Selon les arrêts, il n'y a là qu'une cession régie par l'article 1690 et qui n'est rendue opposable aux tiers que par la signification du transport à l'acheteur à réméré, ou l'acceptation qu'il en fait dans un acte authentique. (D. P. 1851, 2, 236.) — Cette transmission du droit du vendeur est-elle une cession de créance, l'acte qui la constate et soumis au droit d'enregistrement de 0,50 par cent francs sur le prix de la cession (loi du 22 frimaire, an VII, art. 67, § III, n° 3, modifié par la loi du 7 août 1850, art. 9). Si c'est une aliénation, le droit réel, le taux du droit de mutation sera de 5 1/2 pour cent (loi du 28 avril 1816, art. 52). Mais à ce sujet, il faudra, disent quelques auteurs, distinguer selon que la vente en sera faite à l'acheteur à réméré ou à un tiers. Au premier cas l'acheteur acquiert ce qui lui manquait dans la chose et la somme moyennant laquelle il obtient ce résultat est pour le vendeur un complément de prix sur lequel le droit proportionnel sera dû (*Instr. administrative* du 24 mars 1829). Au second cas ce droit est également assis sur le prix de la cession; mais ces auteurs prétendent que le cessionnaire devra en outre le payer sur le prix moyennant lequel le retrait sera exercé. Cette prétention ne se justifie guère, car le cessionnaire est libre, comme le dit M. Demante, d'exercer ou non le retrait; s'il veut l'exercer, le prix en question sera fourni au retrayé; mais ce fournissement est la condition de l'exercice facultatif du réméré et non pas une charge à ajouter au prix de cession. Il ne fait donc pas partie de la somme sur laquelle devra se payer le droit de 5 1/2 0/0.

82. — 2^o Le vendeur peut hypothéquer la chose, mais d'une façon conditionnelle. La cour de Douai l'avait reconnu par arrêt du 22 juillet 1820 (Sirey, 1821, 2, 247), mais la jurisprudence postérieure l'a constamment dénié (Sirey, 1833, 2, 188). Cette question a du reste été résolue dans le sens des arrêts même par certains auteurs qui admettent la réalité du droit du vendeur. A l'inverse, Merlin (*V^o Hypothèque sect.*, 2, § 3, art. 3, n^o 5) rapporte une opinion dans laquelle le vendeur aurait toujours le droit d'hypothéquer pendant le délai de réméré, son droit fût-il simplement personnel (1). Nous n'avons pas à démontrer la vérité de notre proposition ; elle découle de cette idée que le vendeur a la propriété conditionnelle (Valette, *Priv. et Hyp.*, p. 202). Nous nous bornerons à exposer brièvement les deux systèmes dissidents que nous venons d'énumérer et à les réfuter.

83. — *a)* MM. Aubry et Rau prétendent que le vendeur, même ayant un droit réel, ne peut hypothéquer. Ils se fondent sur l'article 2125, selon lequel ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition ou résoluble dans certains cas, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions. Ce texte se place, disent-ils, non au point de vue du droit antérieur qui peut subsister pour le vendeur après une aliénation conditionnelle, mais au point de vue de l'effet nouveau produit par le contrat ; il vise le droit qui a été acquis par le fait même du contrat conditionnel : celui à qui il permet de constituer hypothèque résoluble, c'est l'acquéreur, qui, seul, a obtenu à titre conditionnel un droit nouveau et non le vendeur qui a seulement retenu à titre conditionnel son droit primitif. A cet argument, notre réponse sera courte. Comment voir dans l'article 2125 la base de la théorie de nos adversaires ? Parle-t-il de ceux qui « ont acquis sur l'immeuble, etc. » ? Non, mais bien de ceux qui « ont » sur la chose un droit conditionnel. Quels termes pourraient être plus généraux

1. Nous verrons à la section suivante combien est difficile pour ceux qui autorisent le vendeur à réméré à hypothéquer *pendente conditione*, la conciliation des droits des créanciers hypothécaires du vendeur avec ceux du cessionnaire des droits de celui-ci, lorsqu'il a exercé le retrait ; M. Labbé pense que c'est pour éviter ce conflit que la jurisprudence a interdit au vendeur le droit d'hypothéquer ; c'est en effet à propos de ce cas qu'elle a eu à statuer.

et prêter moins à la déduction de MM. Aubry et Rau? Admettant que la loi autorise l'acheteur sous condition suspensive de non-retrait à hypothéquer, comment peuvent-ils prétendre qu'elle refuse ce même droit au vendeur qui lui aussi est propriétaire sous condition suspensive de l'exercice du réméré? Quelle raison y a-t-il de distinguer? Celle qu'on nous en donne est une supposition que la texture de la disposition invoquée ne nous semble pas confirmer. Comme le fait excellemment remarquer M. Labbé (p. 507), ne doit-on pas « s'en rapporter aux créanciers de l'appréciation des garanties qui leur sont offertes » et qui sont subordonnées aux mêmes chances de validité que le droit qui leur sert de base? Si l'on objecte que le vendeur, eût-il un droit réel, ne peut pas nécessairement l'hypothéquer (2118), nous répondrons que ce droit n'est pas une sorte de servitude sur le bien vendu, mais la propriété elle-même, c'est-à-dire un des droits que les articles 2118 et 2181 déclarent susceptibles d'être hypothéqués. Nous concevons que ceux qui ne voient dans le droit du vendeur qu'une action personnelle immobilière n'en autorisent pas l'hypothèque, chacun admet en effet que les actions n'en sont pas susceptibles(1); mais si l'on y voit un *jus in re*, c'est-à-dire en l'espèce la propriété, comment le mettre en dehors de l'application de l'article 2118?

84.—*b*) L'opinion rapportée par Merlin (V. *supra*) va contre cette dernière observation. Quel que soit le parti pris sur la nature du droit conditionnel du vendeur, il pourrait toujours hypothéquer : réel ou personnel, son droit sur la chose est indéniable ; c'est un bien présent auquel ne peut s'appliquer la défense d'hypothéquer les biens à venir, ceux-ci dans le sens de l'article 2129 « étant ceux sur lesquels le débiteur constituant n'a aucun droit actuel ». Mais, répondrons-nous, l'auteur n'a combattu là qu'une objection tout

1. L'hypothèque d'une action de réméré au profit d'un créancier du vendeur aurait-elle d'ailleurs une utilité quelconque? M. Troplong le nie, par ce motif que tout créancier du vendeur a par le fait même de son droit le pouvoir d'exercer cette action en vertu de l'article 1166. Mais il semble avoir oublié que ce pouvoir appartient à tous les créanciers concurremment ; si au contraire l'action de réméré était susceptible d'hypothèque, le créancier ainsi garanti l'exercerait par préférence à tous autres. Voilà donc une utilité possible de cette hypothèque, que les termes limitatifs de l'article 2118 ne permettent pas d'établir.

au plus subsidiaire, la question reste donc entière, et elle doit être tranchée à l'aide des principes que nous avons exposés ci-dessus, à savoir que le vendeur a pendant le délai de réméré une propriété conditionnelle qu'il peut grever d'hypothèques en vertu de l'article 2125. Si on ne lui attribue qu'un droit personnel, cette sorte de droit ne peut être hypothéqué, car il n'est pas compris dans la numération limitative de l'article 2118.

85. — 3° Une autre conséquence du système de la jurisprudence, serait encore d'interdire au vendeur le droit d'établir sur la chose pendant le délai de réméré des servitudes prédiales ou personnelles. C'est un droit que nous lui reconnaissons au contraire sans hésiter. Ainsi font MM. Aubry et Rau (IV, p. 413; note 33, § 357), ce qui nous paraît peu conforme à leur décision contraire touchant le droit d'hypothéquer. Ces auteurs cependant se défendent d'être illogiques, ils répudieraient l'hypothèque parce qu'elle porterait sur un bien à venir, ils autoriseraient au contraire la constitution de servitude, parce qu'aucun texte ne défend de la faire porter sur un bien dont le constituant n'a que la propriété conditionnelle. Nous ferons observer que le bien dont nous parlons n'est pas un bien futur au sens de l'article 2129, car le vendeur a sur lui le droit actuel d'exercer le réméré, sans compter que par cet exercice il sera réputé avoir toujours été propriétaire.

Il ne faut pas confondre un bien futur avec un droit de propriété conditionnel. Nous persistons donc à voir une contradiction dans la doctrine des auteurs précités.

4° De graves conséquences seraient encore à tirer de la divergence qui a lieu sur la nature du droit intérimaire du vendeur relativement au droit qu'a l'acheteur de purger. La jurisprudence admet que cette purge est définitive et survit au retrait. Nous étudierons, dans la section suivante, cette importante question.

SECTION IV. — CONDITION DES CRÉANCIERS DU VENDEUR

86. — Sous cette rubrique nous allons exposer les droits des créanciers du vendeur à réméré sur la chose vendue, pendant le délai. Nous la supposerons immobilière comme cela arrivera le plus souvent, et cela nous fournira l'occasion d'étudier les droits spéciaux des créanciers hypothécaires, après ceux qui leur sont communs avec les créanciers chirographaires.

87. — Art. 1^{er}. **Créanciers quelconques.**

Ils auront un droit incontestable en vertu de l'article 1166, à exercer le réméré du chef de leur débiteur. Si la vente a rendu celui-ci insolvable, ou a augmenté son insolvabilité préexistante, si de plus il y a eu intention de fraude chez les deux parties, il y aura lieu pour les créanciers du vendeur à intenter l'action Paulienne (1167). Enfin, si dans la vente il y a eu une lésion de plus des sept douzièmes du prix, ils pourront intenter par voie oblique l'action en rescision. La première et la dernière de ces propositions exigent seules quelques développements.

88. — § 1. *Action oblique en réméré.*

Quelles conditions devront être réunies pour que les créanciers du vendeur puissent l'exercer ? L'article 1666 répond à cette question : « Il (l'acheteur) peut opposer le bénéfice de discussion aux créanciers de son vendeur. » A prendre ce texte à la lettre, il faudrait décider que les créanciers, quels qu'ils fussent, seraient repoussés par l'exception de discussion accordée à l'acquéreur. D'autre part les articles 2170 et 2171 établissent au profit du tiers détenteur non personnellement obligé à la dette un bénéfice de discussion opposable aux créanciers à privilège général ou hypothèque générale lorsqu'il est demeuré d'autres immeubles hypothéqués à la même dette aux mains du principal obligé. On a donc été amené à rechercher si l'article 1666 a vraiment une portée spéciale dérogeant aux articles 2170-2171 ou bien s'il n'en est que l'application à la matière du réméré, auquel cas pour les créanciers non compris dans l'article 2171, l'article 1166 conserverait toute son efficacité.

89. — Cette seconde opinion prévaut généralement en doctrine. Quels motifs y a-t-il, dit-on, d'accorder à l'acheteur à réméré une semblable faveur ? On conçoit facilement que le législateur l'ait accordée au tiers détenteur dans les conditions des articles 2170-2171, car celui-ci ne s'était pas engagé lors de son acquisition à subir les poursuites ; aussi bien la garantie excédant notablement la créance à recouvrer, il est naturel de faire diriger l'action des créanciers hypothécaires de préférence contre ceux qui sont tenus personnellement. Au contraire, dans notre hypothèse, l'acheteur s'est engagé à subir le réméré ; que lui importe la personne qui l'exerce ? Surtout quand cette personne agit comme aurait pu le faire le vendeur lui-même, c'est-à-dire à raison du contrat pri-

mitivement intervenu, et non pas même en vertu d'une transmission du droit de retrait postérieurement consentie. A ce premier argument nous répondrons ceci : La loi qui, en autorisant la vente à réméré a rendu la propriété incertaine, a voulu cependant pallier dans la mesure du possible ce grave inconvénient et pour cela elle a rendu fort bref le délai de retrait, elle a aussi protégé l'acquéreur d'une façon spéciale contre l'action de ceux qui, sans nécessité, voudraient exercer le réméré. Que les créanciers du vendeur discutent préalablement ses biens ; que leur importe après tout d'être payés sur ceux-là ou sur la chose vendue à réméré ? Est-il d'ailleurs exact de dire qu'en achetant un immeuble hypothéqué le tiers détenteur ne s'est pas obligé implicitement à subir les poursuites du créancier hypothécaire ? Il connaissait la charge de l'immeuble, il ne devait pas espérer que le créancier à tout événement jetterait son dévolu sur un autre. Le bénéfice de discussion peut léser gravement celui à qui on l'oppose, si celui-ci ne vient pas en ordre utile sur les immeubles qu'il est contraint de discuter, car on l'aura forcé à des poursuites frustratoires et à des frais qui, en définitive, retomberont sur la masse (1). Le peu de faveur que mérite en somme le tiers détenteur a été fort bien marqué par la loi hypothécaire belge de 1851 qui a supprimé à son égard le bénéfice de discussion bien qu'elle maintienne certaines hypothèques générales. En France ce bénéfice subsiste, mais alors pourquoi n'existerait-il pas beaucoup plus large pour l'acheteur à réméré ? L'exercice du retrait par les créanciers du vendeur n'est pas seulement l'application de l'article 1166, ce serait en même temps une dérogation aux principes généraux. Sans doute ils exercent dans un certain sens le droit de leur débiteur, et l'on conçoit qu'à la dernière extrémité ils puissent retirer la chose, mais on conçoit encore mieux que ce droit ne leur soit que parcimonieusement accordé, puisqu'en même temps il leur permettra de méconnaître l'acte fait par le vendeur dont ils avaient suivi la foi : le réméré sera en effet la mise à néant d'une vente que l'aliénateur n'avait peut-être aucunement l'intention de résoudre. — Mais, nous objecte-t-on encore, comment craindre que les créan-

1. Voir Persil : *Rapp. sur le proj. de réforme hyp.*, et le *Moniteur* du 26 avril 1850. Rapport de M. de Vatimesnil.

ciers du vendeur exercent en fait le réméré sans une absolue nécessité, cet exercice en effet ne pourra se faire sans exiger de leur part des déboursés fort importants. La crainte d'avancer ainsi des sommes qu'ils ne recouvreront peut-être pas sur la valeur du bien racheté sera pour l'acheteur une garantie suffisante. A ce second argument nous répondrons que la vente à réméré en raison de l'*alea* désavantageuse qu'elle contient pour l'acheteur se fait pour un prix généralement inférieur à la valeur réelle de la chose, il sera donc facile aux créanciers du vendeur de se rendre compte d'avance de cette valeur et de voir si elle excède ou non les déboursés à faire ; généralement l'écart en leur faveur sera considérable et certains de n'y rien perdre, ils auront la pensée d'exercer le réméré plutôt que de poursuivre les biens existants de leur débiteur. — Un troisième argument est produit par les partisans du premier système : sous prétexte de pousser l'autre jusqu'à ses dernières conséquences logiques, ils prétendent qu'il doit permettre à l'acheteur à réméré d'opposer son bénéfice même au créancier qui a hypothèque spéciale sur l'immeuble. Conséquence inadmissible, disent-ils. Nous l'avouons, mais en la répudiant, manquons-nous de logique ? Non, car l'article 1666 n'est pas relatif aux droits des créanciers hypothécaires contre l'acheteur à réméré, ce n'est pas là *subjecta materia*, pour ceux-ci les articles 2170-2171 s'appliquent seuls. Supposons qu'un créancier à hypothèque spéciale sur le bien vendu à réméré se présente comme chirographaire à l'acquéreur pour exercer le retrait, nous appliquerons l'article 1666 ; mais s'il invoque sa qualité de créancier hypothécaire, sa situation sera régie par les articles 2170-71. Que signifierait l'article 1666 s'il ne visait pas une espèce autre que celle des articles 2170-71 ? Ce serait une disposition purement surrogatoire. En l'entendant avec toute l'étendue que comportent ses termes on doit le considérer comme édictant une règle commune à tous les créanciers du vendeur ; notre texte les suppose donc procédant en la qualité qui leur appartient à tous, c'est-à-dire comme chirographaires ; sauf à ceux qui ont hypothèque à invoquer leur condition spéciale, auquel cas ils seront régis par les règles spéciales des articles 2170-71. Voilà le champ d'application bien distinct de nos deux textes. L'historique de l'article 1666 viendra-t-il contredire, comme on le prétend, notre raisonnement, c'est ce qu'il

nous reste à examiner rapidement. — L'article 87 du projet de l'an VIII (1666 actuel) était suivi d'une disposition (art. 94) qui faisait du droit de réméré un droit exclusivement attaché à la personne du vendeur. Cet article 94 a disparu, mais la portée de l'article 87 a subsisté; depuis, comme avant, il n'envisage que les créanciers hypothécaires du vendeur. Sans doute, répondrons-nous, l'article 87 du projet ne visait primitivement que les créanciers hypothécaires, mais la suppression de l'article 94 en renversa complètement la signification, sans cela, pourquoi n'aurait-on pas supprimé absolument l'article 87 qui eût été la reproduction inutile de la disposition depuis insérée d'une façon plus générale dans l'article 2170? Notre réponse est-elle absolument péremptoire? Peut-être non, mais pour abandonner la solution que nous défendons, il faudrait, dans le doute qui résulte des travaux préparatoires, qu'elle eût contre elle l'équité, l'utilité économique ou le texte général de l'article 1666, toutes choses qui lui sont favorables.

90. — § 2. *Action en rescision pour lésion.*

Si la vente à réméré a été conclue dans des conditions telles que cette action puisse être intentée par le vendeur, elle pourra l'être sans difficulté par ses créanciers. Il pourra se faire qu'en l'espèce la vente dissimule un véritable contrat pignoratif, mais même alors ils auront avantage à intenter du chef du vendeur l'action en rescision plutôt que l'action en annulation de l'opération comme vente, si l'on admet avec nous que malgré cette annulation elle subsisterait du moins comme prêt avec antichrèse. — Reste à voir, et c'est ce qui nous a amené à traiter accessoirement de l'action de rescision, en quoi celle-ci pourrait être pour les créanciers préférable à l'action de retrait, et réciproquement. — 1° L'action en rescision pourra être exercée par eux sans que l'acheteur puisse opposer le bénéfice de discussion. Nous avons essayé tout à l'heure d'établir qu'il en est autrement quand il s'agit de l'exercice oblique du réméré. — 2° L'action en rescision dure nécessairement deux ans à partir de la vente; le droit de réméré peut avoir été stipulé pour un temps plus bref, en ce cas la première pourrait encore être intentée après la prescription de l'autre. — 3° L'action en rescision aboutit soit à l'annulation du contrat avec restitution réciproque de la chose et du prix, soit au main-

tien de la vente moyennant le paiement par l'acheteur du supplément de juste prix sous déduction du dixième ; l'action en réméré au contraire fera toujours rentrer la chose dans le patrimoine du vendeur ; les créanciers auront dans certains cas avantage à obtenir une somme d'argent plutôt que la chose : c'est ainsi que si elle a été payée à peu près à sa valeur vraie, le réméré les obligerait à des déboursés considérables, la saisie immobilière et la vente entraîneraient des frais et des soucis sérieux, contre une chance assez faible de revendre avantageusement le fonds repris. A l'inverse, l'action de retrait sera préférable en ce sens qu'elle triomphera par le seul fait que les remboursements par l'article 1673 auront été offerts et consignés (faute par l'acheteur de les avoir agréés), tandis que pour réussir dans l'action en rescision, il faudra prouver la lésion et apporter ainsi une justification souvent difficile, toujours longue et minutieuse.

91. — § 3. *Droit des créanciers du vendeur sur la propriété conditionnelle.*

Ont-ils le droit de la saisir sur lui pendant le délai de réméré ? La doctrine négative est très généralement adoptée. Nous croyons cependant que cette saisie est possible. Quel obstacle y a-t-il à ce que les créanciers mettent aux enchères cette propriété conditionnelle qui est aliénable, chacun le reconnaît ? Pour y arriver ils saisiront le fonds lui-même en observant littéralement les règles de procédure, autant que la nature des choses le comportera. C'est ainsi, dit M. Duranton (xvi, n° 409), que « l'on fera les indications de l'immeuble comme s'il était exproprié directement lui-même, etc. ». Il n'y a donc pas à nous objecter l'impossibilité pratique d'une telle saisie. Mais on nous oppose volontiers l'article 2204 (C. Civ.) qui ne déclare saisissables immobilièrement que les biens immeubles, leur usufruit et leurs accessoires réputés immeubles ; ce qui par *a contrario* exclut les immeubles incorporels, lesquels en effet ne sauraient avoir d'accessoires. Cette objection serait topique contre ceux qui ne reconnaissent au vendeur qu'un droit *ad rem*, une simple action personnelle ; celle-ci ne serait pas susceptible d'expropriation. Mais nous avons démontré que le droit conditionnel du vendeur est une véritable propriété conférant outre l'action de retrait (réelle elle-même) le droit de vendre et d'hypothéquer le fonds conditionnellement. Ainsi compris le droit

du vendeur rentre bien dans le sens des mots « biens immobiliers », lequel vise toute propriété immobilière. L'article 2205 nous est également objecté, mais il n'a trait qu'à un cas spécial : il défend au créancier de l'un de plusieurs cohéritiers de saisir la part indivise de son débiteur. Mais cette prohibition s'explique par ce fait qu'une telle saisie porterait sur une portion indéterminée du bien, portion qui par le résultat du partage pourrait tomber dans le lot d'un autre cohéritier et qui serait alors censée n'avoir jamais appartenu qu'à celui-ci (art. 883). Sans la disposition de l'article 2205 la saisie d'une part indivise pourrait donc devenir nulle et être la source de frais frustratoires, voilà pourquoi la loi l'interdit, et les motifs mêmes de cette prohibition montrent qu'elle ne saurait par analogie être étendue à notre hypothèse. Cette analogie d'ailleurs existerait-elle ? Il est permis d'en douter ; le droit du vendeur ne ressemble en rien à une propriété indivise, il est entier et porte sur toute la chose, il est seulement éventuel. De la part de ceux qui autorisent le vendeur à hypothéquer, il est du reste mal concevable de voir proclamer l'insaisissabilité de son droit. Car les créanciers hypothécaires impayés à l'échéance n'auraient aucun droit à exercer contre le vendeur à raison de leur gage pendant le délai de retrait, leur droit s'exerçant normalement par voie de saisie immobilière. Et cependant leur débiteur pouvant aliéner son droit pourrait en conserver le prix à l'abri de leurs prétentions, puisque n'ayant pas eu le droit de vendre cette propriété conditionnelle, ils ne sauraient invoquer de droit de préférence sur le prix.

92. — La solution que nous venons de combattre enlève ainsi aux créanciers même chirographaires du vendeur un droit précieux. Ne pouvant toujours exercer le réméré de son chef, ils pourront, dans le système que nous proposons, saisir la propriété conditionnelle, la mettre en vente et en obtenir la valeur, sans avoir à faire les déboursés prescrits par l'article 1673 et sans avoir, pour réaliser la chose, à subir les frais et les lenteurs de la mise en vente sur saisie. Encore une fois il nous semble qu'il n'y a aucun bon motif de les empêcher de procéder de la sorte.

93. — Art. 2. **Créanciers hypothécaires antérieurs à la vente.**

Sous cette rubrique nous examinerons les droits des créanciers qui ont obtenu hypothèque sur la chose vendue à réméré du chef du vendeur, soit avant, soit depuis la vente, mais qui l'ont conservée avant que l'acheteur à réméré ait transcrit son titre. Ces créanciers ayant un droit conservé, il résulte nécessairement de l'article 3 de la loi du 23 mars 1855 que la vente est pour eux *res acta inter alios*, qu'elle ne modifie en rien la garantie qu'ils tiennent du vendeur, qu'ils peuvent donc agir par voie de saisie sur l'immeuble, encore qu'il soit aux mains de l'acheteur.

94. — S'ils se conforment aux règles posées par la loi pour l'expropriation du tiers détenteur et que celui-ci ne purge pas, la saisie aboutira à la vente aux enchères, l'acheteur ainsi évincé n'aura que son recours en garantie contre son vendeur. Mais là où surgissent les difficultés, c'est quand l'acheteur à réméré prétend, pendant le délai de retrait, purger les hypothèques qui grèvent sa propriété conditionnelle. Sur ce point il faut étudier la grande question de savoir si cette purge est permise, et en cas de réponse affirmative, voir quels effets elle produit.

De nombreux systèmes ont été émis en cette matière, nous les examinerons successivement. Contre et pour le droit de purge deux opinions absolues ont été professées ; nous commencerons par les exposer en les réfutant, afin de passer ensuite à l'examen de l'autre partie de la difficulté relative à la portée de cette purge démontrée possible.

95. — *Premier système.* L'acheteur ne peut pas purger pendant le délai de réméré. — Quel est en effet le résultat des notifications à fin de purge ? Si elles sont acceptées par les créanciers, ils ne retireront de l'immeuble qu'un prix inférieur à sa valeur puisque la somme offerte sera le prix de la vente, c'est-à-dire en général une somme inférieure à la valeur de la chose, comme nous l'avons déjà plusieurs fois démontré. En fait donc les intéressés n'agréeront jamais les offres de l'acheteur. Supposons dès lors qu'ils fassent la surenchère du dixième : même alors cette augmentation du prix original ne suffira pas probablement à lui faire atteindre la vraie valeur de l'immeuble. Sans doute il pourra se présenter des étrangers pour enchérir lors de l'adjudication sur

surenchère, mais cela sera bien rare, car peu de personnes se soucieront d'acheter un bien qu'elles courent grand risque de se voir retirer par suite du retrait. Ainsi dans tous les cas la purge aboutirait à frustrer les créanciers hypothécaires d'une partie de la valeur de la chose ; or, un principe certain, c'est que la purge ne doit pas leur nuire. Elle ne saurait donc être permise pendant le délai et ne deviendra licite qu'une fois défaillie la condition résolutoire qui affectait le droit de l'acheteur. La faculté de Caen (*Observ. sur le projet de réforme hypothécaire*), frappée des inconvénients de cette purge, demandait qu'elle fût interdite à tout tiers acquéreur sous condition résolutoire autre que celles qui résultent de l'inexécution des charges et du non-paiement du prix. Cette proposition se justifiait ainsi : Celui qui acquiert sous condition d'exécuter certaines charges ou de payer un prix fixé a acquis la chose à sa vraie valeur, l'intérêt des créanciers hypothécaires n'est donc pas en jeu. — A ce système nous ferons un reproche fondamental : il ne tient aucun compte de l'intérêt de l'acheteur à réméré, car les créanciers, s'il ne peut pas purger, conserveront cependant le droit de saisir pendant le délai de retrait. D'ailleurs où est le texte qui refuse à cet acheteur le droit de faire la purge, comment le lui enlever pour le laisser exposé sans défense à l'expropriation ? Pour échapper à ce reproche, certains partisans de la première opinion fournissent un autre argument. Il serait contradictoire, disent-ils, de permettre aux créanciers hypothécaires de saisir le fonds sur l'acheteur à réméré (ce qui suppose que la vente ne leur est pas opposable), et de les forcer à tenir compte des modifications à fin de purge (ce qui suppose que la vente leur est opposable). Pour être logique, ajoutent-ils, on doit admettre 1° qu'ils ont le droit de saisir l'immeuble, 2° que les notifications ne les touchent en aucune façon. En décidant autrement, on arriverait à donner une solution différente selon que l'adjudication aurait lieu sur saisie ou sur surenchère du dixième ; au premier cas la clause de réméré ne lierait plus l'adjudicataire, au second elle serait pour lui obligatoire. Cette argumentation ne modifie en rien notre conviction ; car la solution qui semble à nos adversaires contradictoire est celle que le Code a donnée pour le cas où le tiers détenteur est un acheteur pur et simple : pour celui-ci l'effet de l'adjudication sur saisie est

de faire considérer la vente comme non avenue vis-à-vis du tiers adjudicataire ; au contraire l'adjudication sur surenchère du dixième ne change rien aux conditions et à l'existence de la première vente (art. 836 et 837 C. Pr.), le prix seul est modifié et la personne de l'acheteur, parfois aussi. Si telle est la décision de la loi, en quoi deviendra-t-elle illogique et contradictoire le jour où elle sera appliquée à un tiers détenteur acheteur à réméré? Nous ne le voyons pas et dès lors nous continuons à repousser le système qui enlève à l'acheteur à réméré un droit que la loi décerne à tout tiers détenteur qui se trouve dans les conditions de l'article 2181, sans faire pour notre cas aucune exception.

96. — *Second système*: L'acheteur à réméré peut purger comme tout acheteur, et cette purge a un effet absolu. — Car de deux choses l'une : ou les offres sont acceptées et les hypothèques s'éteindront par la prestation faite aux créanciers du prix d'achat, ou bien ceux-ci feront la surenchère du dixième et l'adjudicataire acquerra le bien libre de toute clause de rachat, fût-il l'acheteur primitif. — Tel est le système proposé par M. Petit (*Traité des surenchères*, p. 260) en conformité d'un arrêt de Grenoble du 7 avril 1824. Il a pour lui une grande simplicité, mais il ne nous semble pas devoir prévaloir et voici pourquoi. Un premier argument est généralement invoqué contre cette doctrine : Le créancier, en surenchérissant, veut, dit-on, faire porter plus haut le prix de la vente primitive ; mais, pour le reste, il lui est indifférent que celle-ci tombe ou subsiste. Or l'article 837 du Code de procédure dit que « l'acte d'aliénation... tiendra lieu de minute d'enchère » ; c'est-à-dire que l'adjudicataire succédera au contrat fait par le vendeur avec l'acquéreur originaire moyennant un prix plus élevé que celui fixé lors de ce contrat. La conclusion de ce raisonnement nous paraît exacte, sauf à le fonder sur des idées plus décisives (V. n° 98). Mais nous repoussons encore le système de M. Petit à raison de la fraude qu'il pourrait favoriser. L'acheteur sujet au retrait n'aurait qu'à notifier ses offres (qui en fait seraient généralement repoussées) pour provoquer la surenchère, se porter adjudicataire et se libérer de la clause ; il trouverait là un moyen de changer les conditions de son titre sans le consentement de son auteur, peut-être malgré lui. Enfin dire que l'acheteur primitif se rendant adjudicataire ne sera pas lié par la clause de réméré,

c'est, croyons-nous, se mettre en contradiction avec la disposition de l'article 2189 (V. n° 98).

97. — Nous avons ainsi démontré que le droit de purge existe pour l'acheteur à réméré, et que cette purge ne peut avoir une portée absolue. Nous allons maintenant rechercher quels effets doivent lui être attribués et passer en revue les diverses doctrines proposées sur cette matière.

98. — *Premier système.* M. Colmet de Santerre a repris, en la corrigeant habilement, la théorie de M. Petit (t. IX, p. 415 et suiv.). Sous cette forme nouvelle elle peut sembler très spécieuse, mais nous pensons qu'elle manque de base dans la loi, tout en avouant qu'elle présente une véritable simplicité pratique et une apparence d'équité qui ne se trouvent pas réunies dans les autres systèmes. Voici comment elle peut se résumer : 1° L'acheteur à réméré peut purger. — 2° Les offres étant agréées, la purge est définitive et le vendeur conserve la faculté de réméré. — 3° En cas de surenchère suivie de vente, si l'adjudicataire est l'acheteur primitif, la faculté de retrait subsiste encore. — 4° Elle disparaît si l'adjudicataire est un tiers. Nous n'insisterons que sur cette dernière proposition, la première étant à notre avis bien fondée, la seconde faisant le fond de la théorie de la jurisprudence que nous tenterons de réfuter ci-dessous (n° 99). Pour la troisième, elle trouve une éclatante confirmation dans l'article 2189, qui dispense l'acheteur primitif resté adjudicataire de faire transcrire à nouveau. C'est donc en vertu de son titre original qu'il reste propriétaire, et dès lors subsiste le pacte de rachat ; seulement, M. Colmet de Santerre tire de là une conséquence que nous repousserons : d'après lui, la purge aura libéré la propriété tout entière, c'est-à-dire non seulement le droit conditionnel de l'acheteur, mais encore celui du vendeur à réméré.

Bornons-nous pour l'instant à contester les effets qui, d'après cet auteur, doivent être attribués à l'adjudication sur surenchère du dixième faite au profit d'un étranger. (a) S'attachant à combattre l'autorité de l'article 837 du Code de procédure, il déclare que ce texte n'édicte qu'une simple règle de forme. Le cahier des charges de l'aliénation sur surenchère est l'acte de vente à réméré ; mais à quoi cela tient-il ? A un simple désir de simplifier la procédure.

« Ce qui prouve, ajoute-t-il, qu'il n'y a pas là une décision applicable à la solution de notre question, c'est le rapprochement des articles 837 et 836 : celui-ci prescrivant certaines affiches pour la publicité de la revente n'indique pas parmi les mentions à y porter celle des conditions résolutoires affectant la vente primitive ; il exige que la nature du titre soit exprimée, mais on satisfera à cette exigence en notant qu'il constitue une vente, un échange, etc., sans qu'il y ait à dire si le titre est pur et simple ou conditionnel (ce qui est un simple détail étranger à la nature du contrat). Or, si la condition résolutoire devait lier l'adjudicataire, il serait inexplicable que les placards ne dussent pas la mentionner. (b) Du reste l'adjudicataire ne prend pas le marché tel que l'avait fait l'acheteur, car l'article 838 décide que les effets de notre adjudication se règlent entre le vendeur et l'adjudicataire par les dispositions de l'article 717, qui fait de ce dernier l'ayant cause direct du saisi, succédant à tous les droits de celui-ci, et obtenant par suite la propriété pure et simple.

Nous nous rendrons sans difficulté à la première partie de ce raisonnement, et nous ne chercherons pas à défendre l'autorité de l'article 837 en notre matière (sauf à combattre tout à l'heure l'argument tiré de la combinaison des articles 838 et 717).

Mais ce qui nous fait repousser néanmoins le système de M. Colmet de Santerre, c'est qu'il aboutirait à conférer à l'acheteur à réméré le droit de purger la propriété tout entière. Quant à la purge résultant de l'adjudication sur surenchère du dixième, elle serait, dans cette théorie, définitive à tous égards et entraînerait la chute de la clause de rachat contre le tiers adjudicataire. Or comment permettre à un acheteur à réméré qui n'a pas la propriété complète, de la purger tout entière, surtout quand on reconnaît avec l'auteur du système que le vendeur a un *jus in re*, une propriété conditionnelle ? Aussi, selon nous, la purge n'a pu porter que sur le droit de l'acheteur qui l'effectue ; ce droit seul a pu être mis en vente sur la surenchère des créanciers hypothécaires dont le droit reste complet sur le droit de propriété conditionnelle du vendeur. L'argument tiré du rapprochement des articles 838 et 717 ne porte pas dans cette hypothèse ; il n'y serait concluant que si l'on admettait l'acheteur à réméré à purger la propriété complète. — C'est ce qu'a fort bien compris M. Colmet de Santerre ;

aussi cherche-t-il à démontrer que le droit de l'adjudicataire n'est pas identique à celui de la personne qui purge : s'il y a eu dans la vente originale une clause dispensant l'acheteur de payer les intérêts du prix pendant un certain temps, l'adjudicataire sur surenchère ne pourra s'en prévaloir (Cass., 28 déc. 1806 ; Sirey, 1806, 1, 227) ; s'il y avait dans cette vente une promesse unilatérale de revente ou une clause de relocation, l'adjudicataire n'en serait pas tenu.

D'où cette conclusion : l'acheteur qui purge peut purger plus que son droit. Nous ne contredirons pas les solutions données à titre d'exemples par l'auteur que nous combattons, mais si elles sont telles, cela tient simplement à ce que les clauses en question établissaient à la charge de l'acheteur une simple obligation personnelle sans rien enlever à la plénitude de sa propriété ; on conçoit donc que celle-ci puisse être purgée totalement. — Pour nous, la formule suivante exprimera les droits de l'adjudicataire sur surenchère en cas de purge : Il obtient à titre d'ayant cause direct du vendeur le même droit réel qu'avait obtenu le tiers acquéreur, mais il ne succède pas au contrat original, et dès lors, les obligations personnelles qui y ont été insérées pour lier l'un des contractants vis-à-vis de l'autre lui sont absolument étrangères. Cette formule ne serait probablement pas admise par M. Colmet de Santerre, car il fait remarquer que si le vendeur avait consenti sur le fonds avant de l'aliéner à réméré une servitude inopposable aux créanciers hypothécaires, l'adjudicataire ne serait pas tenu de la subir. S'il en est ainsi d'une servitude, pourrait-on nous objecter, pourquoi n'en pas dire autant du droit réel du vendeur à réméré ? — Nous répondrons que les deux espèces n'ont qu'une analogie apparente, la nature même des droits qu'elles supposent est profondément différente. Sous peine de rendre la servitude en question opposable à des créanciers hypothécaires qui ont droit de la méconnaître, on est bien forcé d'en exempter l'adjudicataire ; mais c'est là une dérogation au principe de l'article 717 justement interprété : la servitude est insaisissable séparément et ne peut d'ailleurs être purgée. Si donc elle demeurerait contre l'adjudicataire sur surenchère, son prix d'achat ne représenterait pas la valeur totale du fonds et nos créanciers seraient frustrés de la valeur de la servitude qu'il leur est impos-

sible d'autre part de recouvrer sur le bénéficiaire. Au contraire, nous avons démontré (n° 91) que le droit conditionnel du vendeur est une propriété saisissable : les créanciers hypothécaires pourront donc en faire argent et compléter ainsi la somme représentant la valeur totale du fonds qui formait leur garantie, l'acheteur n'ayant purgé que pour la valeur représentant son droit sur la chose. Nous maintenons donc notre formule qui concilie exactement le principe de l'article 717 avec cette idée que la purge ne peut avoir pour objet que le droit afférent au tiers détenteur sur la chose. Par suite nous rejetons la proposition de M. Colmet de Santerre, qui ne maintient pas à l'encontre du tiers adjudicataire sur surenchère du dixième la clause de réméré. Elle a sans doute l'avantage d'encourager les étrangers à enchérir jusqu'à concurrence du juste prix de la chose ; mais outre que ce résultat pourrait parfois n'être pas obtenu, il ne le serait qu'en violation des règles que nous avons établies. Cela même doit nous le faire rejeter.

99. — *Second système.* C'est celui de la jurisprudence (Cass., 14 avril 1847 et 23 août 1871). Il pose en principe que l'acheteur à réméré a le droit de purger ; si ses offres sont acceptées, les privilèges et hypothèques qui grevaient la chose tombent pour toujours ; s'il y a surenchère et adjudication, l'adjudicataire reste tenu de la clause de retrait et la purge est définitive. Comme base de son droit de purger, l'acheteur a, selon les arrêts, son droit de propriété complet, mais résoluble. (Nous croyons avoir prouvé (n° 79) que cette manière d'entendre son droit réel n'est pas exacte). La purge sera réglée par l'article 2180 quant à son effet qui sera l'extinction à perpétuité et d'une façon absolue des hypothèques, assimilable à celle qui résulterait d'une renonciation à ces garanties de la part de leurs titulaires. En ce sens, la cour de Rouen, dans un arrêt du 1^{er} juillet 1846 (*J. du Palais*, 1846, II, p. 285), dit que selon l'article 1673 le retrayant reprend le fonds libre des hypothèques acquises à des tiers du chef de l'acheteur, mais ce texte n'ajoute pas que le vendeur le reprend grevé des hypothèques dont il l'aurait grevé lui-même. Omission intentionnelle, ajoute l'arrêt et qui devient significative quand on se réfère à l'article 1665. Ce texte autorise l'acheteur à réméré à prescrire les hypothèques en question, et ses termes

montrent que cette prescription est absolue et définitive. Le silence de l'article 1673 montre que pour la purge il en est de même.

Avant de réfuter cette doctrine, nous ferons ressortir ses conséquences pratiques éminemment favorables aux créanciers chirographaires du vendeur au détriment de ses créanciers hypothécaires. Après l'acceptation par ceux-ci des offres de l'acheteur ou l'adjudication sur surenchère, un ordre s'ouvre pour la distribution du prix entre eux. L'ordre clos, les hypothèques sont toutes éteintes, même celles qui ne sont pas arrivées en rang utile pour obtenir collocation. Si plus tard le vendeur rachète, il reprendra la chose absolument libre. Si au contraire l'acheteur obtient de lui à prix d'argent la renonciation par droit de réméré, cette convention ne constituera qu'un acte étranger aux créanciers dont la purge a éteint les garanties. Le prix de la renonciation, bien que représentant le complément de la valeur du bien qui leur était affectée, ne se distribuera pas entre eux par voie d'ordre, mais ils n'y prendront part que comme créanciers chirographaires. (V. M. Paradan, *Revue critique*, t. XL, p. 132). Et telle est bien la solution adoptée par la Chambre des requêtes par arrêt du 23 août 1871 (D. P., 1873, 1, p. 123). M. Paradan présente en sa faveur un argument nouveau. Pour atteindre cette indemnité que l'acheteur doit au vendeur en compensation de la renonciation qu'il a obtenue, les créanciers devront procéder par voie de saisie-arrêt entre les mains de l'acheteur, et cette procédure entraîne nécessairement une distribution par contribution; les créanciers dont l'hypothèque a été éteinte, sans que le prix de purge ou de vente sur surenchère les ait désintéressés, ne pourront donc obtenir collocation dans la contribution qu'au marc le franc de leurs créances. Dans ce système la purge par l'acheteur éteint l'hypothèque légale de la femme du vendeur; si donc elle renaît plus tard sur le bien, elle ne reprendra rang que du jour du retrait (Cass., 14 avril 1869).

Quel est le fondement de toute cette doctrine? Cette idée que l'acheteur à réméré a la propriété complète, le vendeur n'ayant pas un *jus in re*, mais un simple *jus ad rem* et que dès lors en purgeant les privilèges et hypothèques qui grevaient la chose, il les éteint d'une façon absolue et en libère la propriété tout en-

tière. Pour nous, au contraire, qui considérons que pendant le délai de retrait, la propriété appartient à la fois et sous des conditions inverses aux deux parties, l'acheteur ne peut purger définitivement que son droit, les hypothèques subsistant sur celui qui est resté au vendeur. Le système des arrêts entraîne, d'ailleurs, un résultat qui nous paraît injuste pour les créanciers hypothécaires ; comme d'après eux en cas d'adjudication sur surenchère, l'acquéreur restera exposé au retrait (et en cela ils ont raison), le prix pour lequel la purge aura lieu sera inférieur à la valeur totale du bien, comme cette purge anéantira d'une façon absolue et perpétuelle les droits de ces créanciers, ils se trouveront en somme avoir subi une expropriation partielle de leur garantie. D'ailleurs ce procédé pourrait donner lieu à des collusions. Primus, dont l'immeuble vaut 120, et est grevé de deux hypothèques successives chacune de 60, le vend à réméré 90 : la purge a lieu sur la surenchère en vertu d'une adjudication portant à 100 la valeur à distribuer aux créanciers hypothécaires. Si l'adjudicataire est retrayé, le vendeur aura ainsi libéré son bien pour une valeur de 100 et retiendra 20 au détriment du second créancier inscrit, lequel devait, eu égard à la valeur du bien, compter qu'il toucherait 60 et qui n'aura obtenu que 40. La convention, la loi ou l'acte judiciaire cause de son droit se trouvera par là violée. Les arrêts tirent argument en faveur de leur système de l'article 2180 qui assimile, quant à leurs effets, la purge et la renonciation à l'hypothèque. Mais remarquons que celle-ci est faite au profit du tiers détenteur et non du vendeur constituant, lequel reste tenu chirographairement de la dette. Cette renonciation ne peut donc porter que sur le droit de l'acheteur à réméré, non sur celui que le vendeur conserve; la renonciation, en l'espèce, si elle est consentie au tiers détenteur, est donc forcément partielle ; quant au vendeur, elle est *res inter alios acta* et son droit conditionnel reste affecté à la garantie des créanciers hypothécaires. Si tel est l'effet de la renonciation, tel sera celui de la purge. Reste l'argument tiré par la Cour de Rouen de la comparaison des articles 1673 et 1665 ; nous le croyons plus subtil que concluant.

L'article 1665 prévoit l'extinction par prescription (terminée pendant le délai du réméré) des hypothèques grevant le fonds,

elles ne revivent pas par l'exercice du retrait. Mais à quoi cela tient-il ? A ce que l'inaction, la négligence du créancier font présumer qu'il a renoncé à son droit. Diligent et exerçant des poursuites contre l'acheteur à réméré, il l'eût conservé tout entier, cet acheteur ayant l'exercice de la propriété et par suite qualité pour recevoir les actes interruptifs. Le créancier ne peut donc se plaindre si la prescription est maintenue contre lui malgré le réméré, la vente à réméré n'ayant mis aucun obstacle à ce qu'il employât son droit d'hypothèque. La prescription résulte de son inertie, c'est-à-dire d'une cause purement subjective et qui a une efficacité égale vis-à-vis du vendeur et de l'acheteur à réméré. Au contraire, si celui-ci purge, les créanciers hypothécaires n'y peuvent rien ; rendre la purge totale, ce serait leur faire subir les effets d'un contrat qui ne leur est pas opposable en rendant libre d'hypothèque le droit de propriété conditionnelle que le vendeur a retenu et qu'ils auraient pu réaliser à leur profit par une saisie et une vente. L'analogie manque donc entre les deux espèces et l'argument à *contrario* tiré de l'article 1673 sur le fondement de cette prétendue analogie est, à notre avis, sans valeur.

100. — *Troisième système.* L'acheteur à réméré peut purger, mais cette purge n'éteindra les hypothèques que quant à son droit. Comme il n'a pu offrir aux créanciers que le prix auquel il a acquis ce droit, ils conserveront le leur sur la propriété conditionnelle du vendeur qui forme le complément de leur gage spécial.

Tel est le système de M. Labbé et le nôtre, mais nous nous séparerons de lui dans la détermination des droits qui compètent aux créanciers hypothécaires sur le droit conditionnel du vendeur. Au cas où le réméré est exercé, les deux doctrines s'accordent à conserver aux créanciers hypothécaires non désintéressés par la purge du droit de l'acheteur, leur droit complet sur la chose sauf à être primés par l'acheteur qui, pour la reprise de son prix, est subrogé à ceux qu'il a désintéressés en purgeant (M. Labbé, *Revue critique*, 1856, p. 224). — Pendant le délai de réméré les créanciers, pensons-nous, pourront saisir et faire vendre le droit du vendeur. Ce terme passé, ils n'auront à prétendre aucun droit contre l'acheteur devenu propriétaire définitif. Au contraire selon

M. Labbé, à raison de ce qu'il a acquis la propriété sous un nouvel aspect, celui-ci devra leur offrir un nouveau prix.

Examinons d'abord les points sur lesquels il y a accord, nous passerons ensuite à la discussion des points contestés.

101. — *a) Points communs.* 1° La purge ne concerne que le droit afférent pendant le délai de réméré à l'acheteur. En réfutant les systèmes précédents nous croyons avoir établi suffisamment cette proposition pour n'avoir pas à y revenir. — 2° Si le réméré est exercé, les créanciers hypothécaires impayés lors de la purge faite par l'acheteur conservent leurs droits sur la chose rentrée au patrimoine du vendeur. Celui-ci pourra donc être exproprié ; mais comme la purge antérieure avait été faite par le retrayé moyennant le prix de vente primitif ou celui de l'adjudication sur surenchère, celui-ci, s'il n'a pas été remboursé, dans les termes de l'article 1673 avant l'exercice du retrait, se trouvera pour la reprise de la somme en question subrogé en vertu de l'article 1251 2° aux créanciers hypothécaires qu'il a désintéressés. Si le vendeur avait remboursé l'acheteur, les créanciers hypothécaires non désintéressés par cette purge auront sur la chose les mêmes droits que tout créancier venant en ordre utile après l'extinction des hypothèques qui le priment. Sans doute il se trouvera ainsi que l'immeuble aura été affecté en somme aux créanciers inscrits pour plus de sa valeur, mais c'est là un dommage que les créanciers chirographaires du vendeur peuvent conjurer en remboursant eux-mêmes le retrayé : ils seront *ipso jure* subrogés à ses droits (1251 1°), et dès lors ils pourront se faire indemniser de leurs déboursés avant tout créancier même hypothécaire sur la valeur du bien revenu aux mains de leur débiteur, les hypothèques dernières en rang ne s'exerceront donc que sur la différence entre le prix pour lequel les premiers ont été désintéressés (purge amiable ou prix d'adjudication sur surenchère de dixième) et la valeur produite par la vente sur saisie du bien après le retrait (*Sic* M. Mestadier sous l'arrêt de cass. du 14 avril 1847, déjà cité).

101. — *b) Points sur lesquels il y a divergence.* Si le réméré n'est pas exercé, M. Labbé estime que l'acheteur étant devenu plein propriétaire par l'accroissement survenu à son droit, devra offrir aux créanciers hypothécaires non désintéressés par la purge antérieure un supplément de prix, pour qu'en fin de compte la

valeur complète de la chose ait été affectée à la garantie des créanciers qui avaient hypothèque sur elle. — Le supplément de prix est-il accepté par les intéressés, point de difficulté. S'il est refusé comme insuffisant, il ne saurait être question de mettre aux enchères le droit complémentaire acquis par l'acheteur et qui en vertu de cette acquisition a cessé d'exister à l'état de droit distinct : on demandera donc, dit M. Labbé, au tribunal de nommer des experts chargés d'estimer la valeur de ce droit complémentaire (1) ; sur le prix d'estimation s'ouvrira un ordre, et cela fait les hypothèques quelconques grevant le bien du chef du vendeur à retrait seront toutes définitivement éteintes. — Enfin dans le cas où l'acheteur devenu propriétaire incommutable n'offrirait pas le supplément de prix ou refuserait de le payer après expertise faite, comme on ne saurait le contraindre directement à le fournir puisque ce n'est pas là pour lui une obligation personnelle, les créanciers pourront exercer sur tout l'immeuble leur droit hypothécaire en le saisissant et en le faisant vendre ; sur le prix de vente ils auront droit à ce qui excédera la somme primitivement affectée par l'acheteur à la purge. Celle-ci en effet n'a pas éteint le droit d'hypothèque des créanciers, car elle n'était que partielle. Ce droit subsiste donc sur la chose entière, sauf subrogation de l'acheteur aux hypothèques premières en rang et dont par la purge il avait désintéressé les titulaires.

103. — Ce système sur les droits des créanciers hypothécaires contre l'acheteur devenu maître absolu de l'immeuble ne nous satisfait pas. En droit, l'expiration du délai de réméré ne confère pas à l'acheteur une propriété nouvelle, si de résoluble elle devient incommutable il n'en est pas moins vrai que cela tient aux clauses du contrat originaire ; comme le dit M. Colmet de Santerre (IX, p. 420), c'est une simple transformation naturelle prévue lors de la vente. L'acquéreur ne succède donc pas au droit conditionnel du vendeur, la condition qui devait faire naître celui-ci étant défaillie. Le non-exercice du retrait est au contraire pour l'acheteur la condition suspensive de sa propriété et il est réputé l'avoir acquise lors de la vente ; aussi n'est-il pas lié par les actes

1. Pour cette expertise on observera les formes prescrites par les articles 1678 et suivants.

que son vendeur a pu faire *pendente conditione* sur la chose. Ajoutons que les créanciers qui après la purge faite par l'acheteur pendant le délai conservaient leur garantie sur le droit éventuel de l'aliénateur, se trouvent par la non-réalisation de cette éventualité n'avoir jamais eu hypothèque sur ce droit qui n'a jamais pris naissance. Sans doute, en fait, il serait équitable de leur attribuer un supplément de prix, mais quelle serait la base juridique de ce procédé ? Ajoutons que notre décision, bien que rigoureuse pour eux au premier abord, ne frappera que les créanciers négligents ; les autres, après la purge accomplie contre eux pendant le délai de réméré, avaient en effet le droit de saisir la propriété conditionnelle du vendeur et d'en faire argent à leur profit. De cette façon ils auraient obtenu toute la garantie sur laquelle ils étaient en droit de compter puisqu'ils auraient reçu la valeur des deux droits dont la réunion formait la propriété complète du bien affecté à la sûreté de leurs créances.

Observons d'ailleurs combien peu pratique serait l'expertise dont parle M. Labbé ! Comment en fait évaluer le bénéfice réalisé par l'acheteur, par l'effet du non-retrait ? « Où est la base d'une appréciation fondée sur la recherche du désir qu'avait le vendeur de recouvrer sa chose ? Comment juger s'il avait ou non des chances de réunir la somme nécessaire ? » (V. M. Colmet de Santerre, IX, p. 421.)

104. — En résumé, voici comment nous exprimerons les effets de la purge accomplie pendant le délai et les droits hypothécaires qu'elle laisse subsister : 1° Elle n'a d'effet que quant au droit de l'acheteur ; 2° pendant le délai de réméré, elle ne met pas obstacle à ce que les créanciers ayant hypothèque sur la chose saisissent la propriété conditionnelle du vendeur, et la fassent vendre à leur profit ; 3° si le réméré est exercé, les créanciers hypothécaires non désintéressés à la suite de la purge pourront exercer leurs droits sur le bien redevenu la propriété absolue du vendeur ; 4° si le réméré n'est pas exercé, les créanciers en question ne pourront plus prétendre aucun droit sur la chose.

105. — Art. 3. **Créanciers hypothécaires postérieurs à la vente.**

Les créanciers dont l'hypothèque ou le privilège n'a été conservé que postérieurement à la transcription de la vente à réméré,

n'ont contre l'acheteur aucun droit autre que celui qui appartient aux créanciers chirographaires du vendeur. Vis-à-vis de ce dernier, pendant le délai de réméré, ils ne peuvent qu'opérer la saisie et la vente de sa propriété conditionnelle. Faute de cela, si le réméré n'a pas lieu, leur hypothèque est définitivement inefficace, et ils ne sont que créanciers chirographaires vis-à-vis du vendeur et de ses ayants cause. Si, au contraire, le retrait est exercé, ils auront contre le vendeur propriétaire de la chose tous les droits qui résultent d'une hypothèque valablement acquise et conservée.

SECTION V. — CONFLIT DU CESSIONNAIRE DES DROITS DU VENDEUR AVEC
LES CRÉANCIERS HYPOTHÉCAIRES DE CE DERNIER

106. — Cette section, dans l'ordre logique des matières, devrait trouver place dans le chapitre relatif aux effets du retrait; nous avons été amené à l'insérer ici par le désir d'étudier en une seule fois, et dans leur ensemble, les modifications que l'aliénation à réméré et ses conséquences font subir aux droits des créanciers hypothécaires du vendeur sur la chose.

107. — Nous n'entrerons pas dans l'explication des droits que ceux-ci peuvent exercer contre le cessionnaire avant le retrait, ils se résument en celui-ci : droit de saisir et de vendre sa propriété conditionnelle. Nous ne saurions d'ailleurs autoriser le cessionnaire à purger son droit, car un droit conditionnel n'autorise le titulaire qu'à faire des actes conservatoires, et certes la purge n'en est pas un, puisque son but serait autant de provoquer la surenchère du dixième, c'est-à-dire d'exposer le tiers détenteur à l'expropriation que de procurer à celui-ci son maintien dans son droit conditionnel. Tout cela d'ailleurs est sans intérêt pratique, le cessionnaire exercera presque toujours le réméré, les créanciers hypothécaires auront donc tout avantage à en attendre l'accomplissement pour invoquer alors leur garantie contre lui et pour le tout.

108. — Nous ne nous occuperons pas non plus des droits qui compètent contre ce cessionnaire retrayant aux créanciers hypothécaires ayant rang avant la transcription de la vente à réméré; pour eux, pas de difficulté; ils auront contre lui les mêmes droits que contre l'acheteur à réméré à qui leur hypothèque eût été

opposée. L'exercice du retrait par le cessionnaire ne modifiera pas l'étendue de leur garantie, et comme il ne leur a procuré aucun avantage, le cessionnaire ne pourra leur réclamer aucune indemnité tendant à le remplir de ses impenses.

109. — Indiquons donc l'espèce dans laquelle vont se produire les questions que nous avons à résoudre. Un vendeur à réméré aliène son droit conditionnel, le cessionnaire exerce le retrait ; dans l'intervalle qui sépare la transcription de la vente de celle de la cession, des hypothèques ont été constituées par le vendeur et conservées par les titulaires. Qu'elles grèvent la chose entre les mains du cessionnaire retrayant, cela est incontestable. Mais la difficulté s'élève de savoir si celui-ci, poursuivi à raison de ces hypothèques, n'a pas du moins un privilège préférable à elles pour le recouvrement des déboursés qu'il a dû effectuer afin d'arriver au retrait.

L'équité semble commander cette solution, car sans ces déboursés les créanciers hypothécaires dont il s'agit n'auraient rien obtenu sur l'immeuble ; le vendeur à réméré s'étant dépouillé par une aliénation du droit de le reprendre, et d'autre part si le cessionnaire n'avait pas exercé le réméré, l'acheteur serait devenu propriétaire incommutable à l'abri d'hypothèques dont la conservation à son égard avait été tardive. Si donc ces créanciers hypothécaires peuvent agir contre le cessionnaire, sous peine de commettre une injustice, il faut trouver une solution qui le rende tout au moins indemne. Comment y arriver ?

110. — Par l'attribution au cessionnaire d'un privilège pour le recouvrement de ses déboursés. Tel est l'avis de M. Labbé. Sans doute, dit-il (*Revue critique*, 1872, p. 509 et suiv.), aucun texte ne consacre expressément ce privilège, mais le brocard *Privilegia sunt strictissimæ interpretationis* ne doit pas enchaîner notre pensée dans le réseau d'un texte incomplet au point de nous faire méconnaître les nécessités de la raison et de la justice. — D'autres auteurs ont proposé une solution différente : étendre par analogie au cessionnaire la solution donnée pour le tiers détenteur qui a fait des constructions sur le fonds hypothéqué. Dans les deux cas, les impenses du tiers détenteur ont procuré un avantage aux créanciers hypothécaires. Si donc il y a saisie, l'équité veut que les expropriés n'aient pas fait inutilement ces déboursés

et qu'ils puissent les recouvrer par préférence à toute autre personne. — Sans doute on reconnaît généralement au tiers détenteur le droit de prélever ses impenses sur le prix de la vente sur saisie, mais cette décision n'est pas applicable à notre cessionnaire. Dans un cas, le tiers acquéreur a procuré une plus-value au fonds; celle-ci étant une construction il aurait le droit de l'enlever (art. 555), et l'on peut remplacer ce *jus tollendi* par le droit de distraire sur le prix d'adjudication la valeur de la plus-value résultant de la construction qu'il abandonne. Dans le second cas, au contraire, on ne peut pas dire que le tiers acquéreur ait créé une plus-value, donc pas de droit d'enlever et dès lors pas de droit de distraction, ce dernier n'étant qu'une face du premier.

111. — Cette dernière solution écartée, les arrêts comprenant quelle injustice entraînerait l'application littérale de la loi au concessionnaire dans notre espèce ont tranché la difficulté de la manière la plus radicale (V. les arrêts cités n° 78 *in fine*). Ils affirment que le vendeur à réméré ne conserve pendant le délai qu'un simple droit personnel non susceptible d'hypothèque. Le conflit dont nous parlons ne saurait donc s'élever dans cette doctrine. — Nous ne nous y arrêterons pas plus qu'aux précédentes, car nous avons précédemment démontré la fausseté du prétendu principe qui lui sert de fondement (n° 79).

112. — Pour éviter la naissance du conflit, on a encore imaginé de dire : le vendeur à réméré a sans doute un *jus rein* et peut hypothéquer pendant le délai, mais une telle hypothèque est soumise à la même condition que le droit du constituant ; si celui-ci cède son droit il en est privé à jamais, la condition du réméré ne devant plus s'accomplir à son profit, dès lors il est censé n'en avoir jamais été titulaire et n'a pu le grever au profit de ses créanciers d'aucune hypothèque (M. Pont, *Priv. et hyp.*, I, n° 516; MM. Massé et Vergé sur Zachariæ, V, § 794, note 1). Ce système ne nous semble pas admissible. La condition résolutoire du droit de l'acheteur étant accomplie, le droit conditionnel que le cessionnaire tient du vendeur devient pur et simple. Cette condition exécutée profitant au cessionnaire doit profiter aussi aux créanciers hypothécaires qui sont au même titre que lui des ayants cause du vendeur. La condition rétroagit, pour employer le langage habituel, l'acheteur voit son droit résolu *ab initio*, le ces-

sionnaire est réputé propriétaire du jour où il a acquis le droit éventuel du vendeur. Il est donc dans la même situation que si à ce moment il avait été rendu propriétaire pur et simple. Or, s'il avait reçu la propriété dans ces conditions, il ne l'aurait acquise qu'avec la charge des hypothèques dont elle avait été antérieurement grevée par le vendeur. De toutes les façons nous concluons au rejet de ce système qui se prêterait de plus à une fraude : le vendeur à réméré par une simple cession de son droit conditionnel pourrait enlever leur garantie aux créanciers à qui il avait librement consenti hypothèque.

113. — Le système de la jurisprudence comme celui que nous venons de réfuter mettent généralement le cessionnaire retrayant à l'abri des poursuites des créanciers auxquels depuis la vente à réméré le vendeur aurait conféré des hypothèques sur la chose. Mais ils n'évitent pas absolument le conflit. Il se peut en effet qu'avant l'aliénation à réméré le vendeur ait constitué des hypothèques et que les titulaires les inscrivent après la transcription de l'acte de vente, mais avant la signification ou la transcription (selon l'une ou l'autre des deux doctrines) de l'acte de cession du droit éventuel du vendeur. Ces hypothèques seront valables contre le cessionnaire eu égard à l'époque à laquelle elles ont été conservées. Pour ce cas la difficulté resterait donc entière, même dans les deux opinions que nous venons de réfuter. Et elles négligent d'indiquer quelle serait alors la solution à donner.

114. — Faut-il donc adopter le système de M. Labbé ? A ne considérer que l'équité, oui ; mais n'est-il pas contraire à nos lois d'attribuer au cessionnaire retrayant un privilège spécial qui n'est formellement prévu par aucun texte ? Non, dit M. Labbé. Ce privilège fait corps avec sa propriété et ne s'en distingue pas tant que les créanciers hypothécaires ne poursuivent pas l'expropriation, mais dès ce moment il devient efficace contre eux. Ils ne sauraient s'en plaindre, puisque sans les déboursés que couvre ce privilège leur droit serait demeuré inefficace. — Ce droit de préférence le cessionnaire le tient de l'acheteur retrayé par voie de subrogation légale. Sans doute le retrait en droit n'opère pas revente, mais en raison et en fait l'opération est une véritable rétrocession. L'acheteur à réméré se trouve donc ainsi jouer le rôle de revendeur, il doit donc avoir le privilège que l'article

2103 1° confère au vendeur, et quant à la publicité de ce privilège, elle résulte de la transcription de l'acte de vente à réméré, acte qui mentionne la clause de rachat, ce qui met les tiers intéressés à même de connaître l'existence du privilège en question. En exerçant le retrait, le cessionnaire vient donner efficacité aux hypothèques constituées par le vendeur et conservées entre la transcription de l'acte de vente et celle de l'acte de cession. En fournissant les sommes nécessaires au réméré, le cessionnaire a agi comme l'acquéreur d'un immeuble qui avec son prix désintéresserait les créanciers hypothécaires ou privilégiés sur la chose (art. 1251 2°). Le prix de retrait qu'il paye tend à compléter sa propriété jusque-là conditionnelle comme le prix payé par un acheteur quelconque tend à lui procurer la propriété même. Le premier payé à l'acheteur à réméré désintéresse par là même un créancier privilégié (puisqu'il a joué le rôle de vendeur); le second payé aux créanciers hypothécaires a un résultat identique. Dans les deux cas si l'acquéreur de la chose ne la conserve pas, il doit au moins par subrogation recouvrer son prix d'achat. Le cessionnaire est également subrogé en vertu de l'article 1251 1° : en exerçant le réméré il a rendu efficaces des hypothèques qui ne l'eussent pas été sans cela; il a fait l'affaire des créanciers du vendeur comme celui qui, étant créancier et en payant un autre dont l'hypothèque le prime, fait l'affaire des créanciers hypothécaires subséquents. Dans un cas comme dans l'autre, on voit une personne qui agit à la fois dans son intérêt et celui des tiers. Ils doivent être régis par les mêmes principes.

115. — Ce système, par une extension équitable des principes posés par la loi, ménage à la fois l'intérêt des créanciers hypothécaires qui nous occupent en donnant à leur droit effet contre l'immeuble retiré, et celui du cessionnaire qui à tout événement restera indemne des déboursés nécessités par le réméré. Néanmoins nous ne pouvons l'adopter, car il crée un privilège là où la loi n'en a pas établi. En vain M. Labbé proteste contre l'interprétation stricte des textes. Si l'on se met à créer des causes légales de préférence par simple raison d'équité, où s'arrêtera-t-on? Comment d'ailleurs sans une véritable contradiction accorder à l'acheteur retrayé le privilège de l'article 2103 1°? On a bien soin d'établir qu'en principe le réméré n'opère pas revente, et

faisant fléchir cette règle pour les besoins de la cause on le traite comme un nouveau contrat produisant au profit du retrayé le privilège du vendeur ! (V. Cass., 26 avril 1827.) La loi n'a pas été oublieuse de la situation de l'acheteur soumis au retrait : elle lui a conféré un droit de rétention (1673) ; cela prouve qu'elle n'a pas entendu le traiter comme un vendeur. — Il n'a donc pas de privilège ; dès lors point de subrogation légale du cessionnaire à cette garantie. Remarquons même que cette subrogation légale serait encore déduite de simples analogies et de considérations d'équité et par suite le privilège existât-il pour le retrayé, on pourrait contester avec beaucoup de force que le retrayant cessionnaire y fût subrogé.

116. — Toutefois si nous repoussons la doctrine du privilège nous n'enlevons pas au cessionnaire toute protection contre les créanciers hypothécaires du vendeur. Le Code même lui en fournit une. En exerçant le réméré, le cessionnaire a fait une dépense utile aux créanciers dont il s'agit. Jusque-là ils ne pouvaient que saisir le droit conditionnel qu'il avait acquis. Depuis, leur garantie porte sur tout le fonds ; elle est donc augmentée d'une valeur égale à celle des déboursés faits pour arriver au retrait. Il y a là une plus-value égale aux impenses et on doit lui appliquer l'article 2175, texte qui accorde un droit de rétention au tiers détenteur pour la restitution des sommes qu'il a dépensées sur la chose dans la mesure de l'amélioration dont elles ont été la source. C'est bien un droit de rétention, car il existe un *debitum cum re junctum* au même titre que dans l'article 1948, par exemple. Au droit de saisie des créanciers hypothécaires il y a une obligation corrélative, celle de rembourser au tiers détenteur la plus-value résultant de ses dépenses utiles ; le premier ne doit pas être exercé préalablement à l'exécution de la seconde. — Ainsi posée, cette dernière doctrine nous paraît donner satisfaction à tous les intérêts engagés. Le droit de rétention protégera efficacement le cessionnaire retrayant sans préjudicier au delà de ce qui est juste aux créanciers hypothécaires du vendeur à réméré.

CHAPITRE V

DU DÉLAI PENDANT LEQUEL LE RÉMÉRÉ PEUT ÊTRE EXERCÉ.

SECTION I. — THÉORIE DE LA LOI SUR LE DÉLAI DE RÉMÉRÉ.

117. — Nous avons vu dans l'aperçu historique qui sert de préface à cette étude, que dans notre ancien droit le désir de conserver les biens dans les familles avait amené à considérer dans la vente à réméré l'intérêt du vendeur plus que celui de l'acheteur ; la suspicion où l'on avait fini par tenir cette sorte de contrat contribua à faire admettre au profit de l'aliénateur la faculté de retrait pendant un fort long délai. Le droit commun finit par le fixer à trente ans ; si la convention en avait établi un plus long, il était réduit à ce terme. Si un délai plus bref avait été stipulé, la volonté des parties était respectée sauf l'exception spéciale au Parlement de Toulouse et qui a été déjà exposée (n° 12).

Avec le Code civil, toute cette ancienne théorie disparaît. Le législateur n'entend plus favoriser l'aliénateur à réméré par l'attribution d'un long délai aux dépens de l'intérêt public « qui souffre quand on prolonge trop une incertitude qui ne peut que nuire à la culture et au commerce » (Portalis). A la vérité cette raison ne nous paraît pas suffisante, car alors pourquoi, dans l'intérêt public aussi, ne pas restreindre dans d'étroites limites les aliénations faites sous toute autre condition résolutoire que le réméré ? La stabilité de la propriété l'exigerait avec tout autant de force. A notre avis, la limitation de délai portée à l'article 1660 tient à ce qu'on a craint que souvent notre vente ne dissimulât un emprunt fait par le vendeur *necessitate coactus*, à des conditions fort onéreuses, avec adjonction d'un nantissement suspect.

118. — Par suite d'un raisonnement inverse de celui qu'avait fait l'ancien droit, le Code a voulu que l'emprunteur sût d'avance combien il lui serait difficile de se dégager du contrat, et fût ainsi amené à ne le point conclure. De là cette disposition de l'ar-

ticle 1660 : « La faculté de rachat ne peut être stipulée pour un terme excédant cinq années ; si elle a été stipulée pour un terme plus long, elle est réduite à ce temps. » C'est là, on le voit, un délai fatal et de rigueur que nul ne peut étendre, ni les parties elles-mêmes ni les tribunaux (art. 1661).

119. — Ce délai maximum de cinq ans s'appliquera : 1° quand les parties l'auront stipulé ; 2° quand elles auront fixé un terme plus long ; 3° quand elles n'en auront fixé aucun.

La Cour de cassation a prononcé, à ce sujet, sur la question de savoir si, lorsque en vertu d'une vente non qualifiée de vente à réméré et portant droit pour le vendeur de racheter la chose sans énonciation de délai, le vendeur réclame la chose plus de cinq ans depuis la passation du contrat, on doit le considérer comme agissant à raison d'une promesse unilatérale de revente qu'il accepte ou comme invoquant une clause de réméré périmée. La Chambre des requêtes, par arrêt du 20 février 1855 (Dalloz, 1855. I, p. 74), rejetant le pourvoi formé contre un arrêt de Besançon, a reconnu que cette stipulation était une véritable clause de retrait. — Les parties peuvent sans difficulté stipuler un terme de rachat moindre de cinq ans. Seulement nous aurons à rechercher (n°s 127 et suiv.) si ce terme pourrait, comme le disait Despeisses (tit. I, sect. VI, § 8, n° 8), être prolongé, en tant que cette prolongation ne le ferait pas excéder cinq ans depuis le jour de la vente.

120. — Nous devons déterminer maintenant quand commence et finit le délai de réméré tacite ou exprès. Cette question en comprend plusieurs : 1° Depuis quel jour le retrait peut-il être exercé ? 2° Dans le délai doit-on comprendre le *dies a quo* ? 3° Doit-on y comprendre le *dies ad quem* ?

121. — 1° Depuis quel moment le réméré peut-il être exercé ? Est-ce du jour du contrat ou du jour de la livraison ? Un arrêt de la Chambre des enquêtes de 1650 adoptait cette seconde solution. Mais elle est aujourd'hui repoussée, car la prescription légale d'un droit quelconque court du jour où il est ouvert. Or, en l'espèce, le droit de retrait s'est ouvert au moment de la vente ; de ce moment l'inaction du vendeur commence, qui par sa prolongation amènera l'extinction de la faculté de rachat.

Dans son traité de *Emptione cum pacto retrovenditionis*, Zoannetus (cité par Pothier, *Vente*, n° 397) se demande si le ven-

deur peut retirer dès le lendemain de la vente, ce qui pourrait avoir lieu dans le cas où immédiatement après la vente il recevrait une somme sur laquelle il ne comptait pas, somme suffisante pour être affectée au réméré. Sa réponse est négative : selon lui, de même qu'un prêteur ne saurait agir en remboursement le lendemain de la conclusion du prêt, de même le vendeur ne peut retirer la chose avant que l'acheteur ait pu en jouir quelque temps. — Comme le fait remarquer Pothier (*Vente*, n° 397), cette assimilation n'a pas de fondement, car le vendeur à réméré ressemble non à un prêteur mais à un emprunteur, lequel, sauf clause contraire, peut toujours se libérer quand il le veut. Et d'ailleurs il serait contraire au but du prêt que le créancier pût immédiatement exiger son remboursement, l'opération ne serait plus un bienfait mais un piège. Au contraire, dans notre cas, si l'acheteur doit subir le retrait, il a intérêt à le subir le plus tôt possible, la somme qui lui sera remboursée ayant ainsi de plus grandes chances d'être utilisée de suite en un placement avantageux.

Quoi qu'il en soit, remarquons que le *dies a quo* peut, si les parties en conviennent, être reporté à une époque ultérieure au jour de la vente, pourvu qu'il ne résulte pas de là que le délai doive expirer plus de cinq ans après la passation du contrat.

122. — 2° Le *dies a quo* est-il compris dans le délai ? La négative est généralement enseignée par les auteurs et la jurisprudence (Nîmes, 31 mars 1840). Cela ressort du principe de l'article 2260, selon lequel les délais se comptent par jours et non par heures. Si donc on faisait entrer en ligne de compte le *dies a quo*, qui est nécessairement incomplet, il manquerait au délai la portion de jour qui s'est écoulée entre minuit et la conclusion de la vente.

123. — 3° Le *dies ad quem* est-il compris dans le délai ? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse et prévaut presque unanimement ; c'est en effet la solution donnée formellement par l'article 2261 pour le cas de prescription. En vain se refuserait-on à faire l'application de ce texte à notre hypothèse, et prétendrait-on la régir par l'article 1033 du Code de procédure, qui, dans les délais qu'il prévoit, ne compte ni le *dies a quo* ni le *dies ad quem* ; ce texte n'a trait qu'aux délais donnés pour la signification des actes à personne ou à domicile.

En résumé, si le délai légal de réméré a commencé de courir le 2 janvier 1878, la vente ayant eu lieu la veille, il expirera le 2 janvier 1883 à minuit ; si dans la journée du 2 janvier 1883 le vendeur fait des offres pour arriver au retrait, elles devront être déclarées tardives, comme cela a eu lieu dans le cas jugé par la cour d'Angers le 5 mai 1830 (*sic* Cass., rej. 7 mars 1834). Cette cour a décidé en même temps que si le jour où expire le délai est férié, il n'y a lieu pour le prolonger de vingt-quatre heures d'invoquer l'article 1037 du Code de procédure. En effet, cet article (*in fine*) permet de faire les significations les jours fériés s'il y a péril en la demeure et sur simple permission du juge ; c'est ce que le vendeur aurait pu faire pour les offres réelles en question. S'il a omis d'agir de la sorte il n'en doit accuser que sa négligence et ne peut prétendre à ce que le délai soit étendu.

SECTION II. — THÉORIE DES PROROGATIONS DE DÉLAI

124. — Si les parties n'ont pas le droit de fixer pour l'exercice du retrait un terme dépassant cinq ans, elles peuvent, nous l'avons dit, établir un délai plus bref : la liberté des conventions les autorise-t-elle alors, ou autorise-t-elle le juge à le proroger de façon à lui faire atteindre au plus la durée légale ? C'est une question fort discutée qui mérite d'être étudiée avec quelque détail.

125. — Et d'abord le juge peut-il proroger le délai ? Sous cet aspect la question n'offre pas de difficulté : non le juge n'a pas ce droit, car l'article 1661 porte : « le terme fixé est de rigueur et ne peut être prolongé par le juge. » Cette façon de parler est aussi générale que possible et s'applique aussi bien au délai conventionnel qu'au délai de la loi. Cette décision s'explique facilement si l'on voit la cause de la restriction portée à l'article 1660 dans le danger que présente l'incertitude de la propriété : les parties, au moment où elles ont fixé le délai, avaient dû se rendre compte de ce qu'elles faisaient, le vendeur ne devait pas l'accepter s'il lui semblait insuffisant ; mais une fois la convention conclue, l'intérêt public exige que, sous le rapport du terme de rachat, rien ne soit modifié. Pour ceux qui expliquent l'article 1660 par le désir

de la loi de restreindre les applications d'un contrat qui lui est suspect, la défense faite au juge d'étendre après coup le délai convenu n'est qu'un empêchement, et un moyen de plus pour détourner les emprunteurs d'employer la vente à réméré : ils ne devront plus espérer de pouvoir gagner du temps en s'adressant à la justice, la disposition de l'article 1661 rend inapplicable l'article 1214 qui permet au juge d'accorder au débiteur pour le payement des délais modérés . — C'est par application de l'article 1661 que la Cour de cassation, par arrêt du 23 décembre 1845 (D. P., 1854, 1., p. 422), a déclaré que la déchéance d'un droit de retrait (stipulée pour le cas où le vendeur relocataire ne payerait pas les loyers aux époques fixées) était encourue par le seul fait du retard, sans qu'aucun sursis pût être accordé, car « le juge ne saurait faire indirectement ce qui lui est interdit par l'article 1661 en termes généraux ».

126. — Voyons maintenant si les parties peuvent, par une convention postérieure à la vente, proroger le délai de réméré primitivement stipulé. Cette question comprend plusieurs hypothèses : 1^o La prorogation intervient après l'expiration du premier délai. 2^o Elle est conclue au cours du premier délai. Nous examinerons ensuite quelle est la validité des conventions de prorogation dont nous aurons préalablement déterminé la nature.

127. — Art. 1^{er}. **Prorogation après la péremption du délai primitif.**

Quels sont ses effets et sa nature ? En l'espèce, la condition suspensive du non-retrait s'est déjà accomplie et a rendu l'acheteur propriétaire incommutable : si donc la chose vient à être reprise, ce ne sera pas un vrai réméré. La clause de prorogation ne constituera qu'une promesse unilatérale de revente, promesse qui ne liera l'acheteur que si son ancien vendeur l'accepte dans le délai fixé par ladite clause. — La Cour de Paris par arrêt du 5 juillet 1834 (Sirey, 1834, 2 p. 449), a proclamé une doctrine contraire : toute personne capable peut renoncer à un droit acquis, par conséquent à la propriété absolue acquise par suite du non-retrait ; donc, pendant le nouveau délai, « la chose sera sans maître », la clause de prorogation impliquant renonciation de la part de l'acheteur à son domaine incommutable ; il y a là une véritable extension du délai de retrait, et elle ne pourra être faite, vu l'arti-

ele 1660, pour plus de cinq ans, réserve faite des droits acquis aux tiers. La cour de Lyon (Sirey 1833, 2, p. 285) admettant la même doctrine, ajoute : « Considérée comme promesse de vente la convention ne saurait avoir d'effet puisque, aux termes de l'article 1589 une telle promesse, pour valoir, doit être réciproque, c'est-à-dire qu'à côté de la promesse de vendre doit se trouver celle d'acheter ». — La théorie de la jurisprudence nous semble fort contestable. Dire que l'acheteur peut renoncer à son droit, ce n'est pas dire qu'il puisse rien changer au fait accompli : la renonciation ne peut avoir d'effet que pour l'avenir et laisse le passé intact, et la cour de Paris le reconnaît bien involontairement quand elle réserve les droits qui, à raison de la péremption du délai originaire, ont pu être acquis à des tiers avant la clause de prorogation. Nous ne pouvons pas non plus dire avec la cour de Lyon qu'une promesse de vente non synallagmatique est nulle, l'arrêt a confondu la promesse en elle-même avec la promesse valant vente. Nous ne prétendons pas que la clause qui nous occupe soit une revente, telle ne serait pas d'ailleurs l'intention des parties qui ne veulent établir qu'une éventualité de revente, ne devant se réaliser que si le stipulant accepte la clause dans le délai fixé. C'est là une convention absolument licite, une revente conditionnelle qui comme telle ne sera pas soumise aux règles restrictives des articles 1660 et 1661 ; le délai qu'elle mentionne ne pourra donc être plus long que cinq ans, les droits acquis aux ayants cause de l'acheteur à raison du caractère incommutable de sa propriété subsisteront à l'encontre de l'ancien vendeur qui se sera prévalu de la promesse de revente. — Notre décision a été consacrée par une décision du ministre des finances du 19 novembre 1809 qui soumet notre prorogation au droit proportionnel si elle aboutit à la reprise de la chose. — Un arrêt de la cour de Montpellier du 3 décembre 1822 (D. A, 1^o *Vente* n° 1525, note 2) voit aussi dans notre clause une promesse unilatérale de rétrocession.

128. — Art. 2. **Prorogation conclue au cours du premier délai.**

Quelle est la nature de cette convention ? C'est un point que nous étudierons sans rechercher pour l'instant dans quelle mesure elle est valable. — D'après un certain nombre d'auteurs, elle constitue une promesse de revente (MM. Dalloz, Marcadé,

Colmet de Santerre, G. Demante, Duranton). Pour eux, comme un pacte de réméré consenti *ex intervallo* ne saurait valoir comme tel quand il est adjoint à une vente pure et simple, un pacte de prorogation intervenant même avant l'expiration du délai primitif *ne saurait* non plus constituer une vraie prolongation du terme mais bien une promesse de rétrocession. En effet, ou la reprise a lieu au cours du délai primitif, et elle constitue un retrait exercé en vertu du contrat lui-même, ou elle n'a lieu que pendant le terme stipulé *ex intervallo*, et comme la vente est devenue pure et simple par l'expiration du temps qu'elle fixait pour le retrait, elle ne peut alors avoir d'effet qu'en vertu d'un pacte postérieurement adjoint à une vente pure et simple, pacte qui, de l'aveu de tous, constitue une simple promesse de revente. Comment, ajoutent les auteurs précités, statuer autrement quand la doctrine adverse reconnaît que la reprise du bien en vertu de la convention nouvelle et après la péremption du délai originaire laisse debout les droits réels acquis à des tiers du chef de l'acheteur? — N'avoue-t-elle pas ainsi que ce dernier est devenu propriétaire incommutable et que la clause de prorogation ne valant qu'*inter partes* n'a pu rétroagir ni effacer la propriété entière que l'acheteur avait eue jusqu'à la reprise du bien?

129. — Nous admettons sans difficulté que la prorogation ne peut nuire aux droits réels acquis à des tiers, ceux-ci les ont obtenus croyant qu'ils deviendraient définitifs faute de retrait dans le délai fixé par la vente. Mais en faut-il conclure que notre contravention ne constitue *inter partes* qu'une promesse unilatérale de revente? Nous ne le pensons pas : sans doute s'il s'agissait d'une convention prorogeant un délai déjà expiré, le raisonnement qui précède aurait une force incontestable; mais ici la situation est bien différente. Il s'agit de prolonger un délai encore en cours d'accomplissement et dont l'achèvement n'est pas encore venu rendre effectif le droit conditionnel de l'acheteur. Si le vendeur invoquait la prolongation, il n'enlèverait donc pas à l'acheteur rétroactivement la propriété incommutable. La convention tend à reculer le moment où la vente aura son effet définitif, et pour le faire elle ne va contre aucun fait accompli : il n'y a donc pas de raison de lui attribuer des effets autres que ceux que les parties ont entendu y attacher. En vain nous objecte-t-on que cela

contredit la règle (admise par nous) d'après laquelle le droit de réméré stipulé *post intervallum* ne constitue pour le vendeur qu'une faculté d'obtenir la revente à son profit. Ce n'est pas là une objection, c'est une simple affirmation. En usant de notre clause de prorogation, l'on n'invoque pas un délai ajouté à une vente devenue pure et simple : les deux délais n'en font qu'un, entre la fin du premier et le commencement du second, il n'y a pas même cet intervalle de raison pendant lequel la propriété incommutable aurait pu résider sur la tête de l'acquéreur. Le terme primitif était-il de deux ans, grâce à la convention il en durera quatre ou cinq, mais jusqu'à l'achèvement de ces quatre ou cinq années ce sera toujours le même délai qui courra. Et la clause de prorogation n'aura pas pour effet de modifier la condition résolutoire de réméré, comme le prétend M. Bufnoir (à son cours) ; elle augmentera seulement l'espace de temps pendant lequel cette condition pourra valablement s'accomplir. — Notre doctrine, professée par Dumoulin (*Des Fiefs*, § 2, glose I, n° 62), était également admise par Poulain du Parc (t. VI, p. 208) : « En Bretagne, dit-il, contre la coutume de Paris, le terme (de réméré) est péremptoire, d'où il résulte que l'acquéreur ne peut le prolonger en fraude des seigneurs ou des retrayants (lignagers), quoique cette prolongation ait tout son effet entre lui et le vendeur. »

130. — C'est aussi ce qu'a décidé le comité des finances par délibération du 13 janvier 1830 approuvée par le ministre le 22 février 1830, et cela occasionna un revirement complet dans la jurisprudence fiscale relative à notre matière. Nous ne saurions passer sous silence ce document ; il nous donnera l'occasion d'esquisser à grands traits la théorie des droits d'enregistrement quant aux prorogations des délais de réméré. — Des décisions administratives des 19 novembre, 5 décembre 1809 et 20 mars 1819 avaient envisagé d'une façon générale les clauses dont il s'agit comme des promesses de rétrocession. D'où une triple conséquence : 1° L'acte étant une simple promesse n'encourait aucun droit proportionnel ; 2° Le réméré exercé dans le délai primitif ne constituant pas une revente ne subissait que le droit d'acte de 0 fr. 50 par 100 francs. 3° Exercé en vertu de la clause prorogative et formant revente, il comportait le paiement par le vendeur reprenant la chose du droit de 5 fr. 50 pour 100 des sommes

affectées à ce retirement. — La délibération du 13 janvier 1830 décide au contraire que si la convention proroge le délai pendant qu'il court encore, le retrait exercé pendant la période additionnelle « n'opère pas plus mutation que s'il eût été accompli dans le terme convenu par le contrat primitif. » La prorogation suspend le droit qu'a l'acheteur de devenir propriétaire irrévocable. « L'acte de prorogation, ajoute la décision, ne fait qu'un seul acte avec le contrat de vente, et exiger en pareil cas le droit de mutation, ce serait être en opposition avec l'article 69, §2, n° 11 de la loi du 22 frimaire an VII, qui veut qu'en cas de retrait on ne paye que 0 fr. 50 pour 100 francs. » D'où cette double conséquence : 1° L'acte prorogeant le délai n'est qu'un complément de l'acte originaire et n'est soumis qu'au droit fixe de 3 francs. — 2° Le retrait exercé pendant le délai soit primitif, soit prolongé, n'encourt la perception que du droit de 0 fr. 50 par 100 francs.

131. — Art. 3. **Quelle est la validité des conventions de prorogation?**

Si on les considère comme de simples promesses de revente, leur validité n'est pas discutable. Pour la plupart de ceux qui n'y voient qu'une prorogation du délai de réméré, la solution est la même. Certains auteurs ont cependant prétendu que ces clauses étaient nulles. C'est la doctrine de M. Troplong. D'après ce jurisconsulte, la nullité tient à ce que de tels pactes contiennent une renonciation à une prescription non encore acquise, et contraire à l'article 2220. — Mais cet article est-il bien applicable à notre espèce? Notre délai n'est pas un vrai délai de prescription, mais un terme préfixe : Une prescription n'a d'effet que si elle est invoquée, notre délai opère de lui-même extinction du droit de retrait, même malgré les parties. On voit donc qu'entre les deux hypothèses il n'y a pas identité, mais simple analogie insuffisante pour déterminer l'application à l'acte de prorogation de la règle exorbitante de l'article 2220. Ce texte n'a pas pour raison d'être la nullité des renonciations portant sur les droits non encore acquis, ces sortes de renonciations sont valables comme toutes conventions sur choses futures (sauf l'exception unique de l'article 791). — Elle a pour base cette idée qu'une renonciation anticipée à la prescription présente un danger public en favorisant la faute, l'incurie, et déroge à des principes d'utilité générale. Telle est l'explication

qu'en donne M. Troplong lui-même, or le motif qu'il lui assigne est inapplicable à notre pacte de prorogation. En quoi encouragerait-elle l'incurie du vendeur au détriment de l'intérêt général? S'il n'a pas exercé le retrait pendant le premier délai, ce n'est probablement pas par négligence, mais faute d'avoir pu effectuer les remboursements qu'il exige. Un propriétaire contre qui la prescription est en cours est toujours en faute de ne la point interrompre, car il le peut toujours aussi; dans notre espèce, la situation du vendeur est bien différente. Au premier cas, la renonciation du prescrivait autoriserait le propriétaire à revendiquer contre le possesseur au bout de 40, 50, 100 années depuis la mise en possession du tiers en question; au second, elle ne prolongera pas le droit de réméré du vendeur au delà de cinq ans depuis la vente. Nous maintenons donc notre solution : la prorogation du délai avant son expiration est de tout point valable, sauf les droits acquis à des tiers avant cette prolongation.

132. — Mais, cela posé, nous devons rechercher quelle durée peut comprendre cette prorogation. Dans la doctrine de la rétrocession, le nouveau délai peut embrasser un laps de temps quelconque : l'article 1660 ne s'appliquant qu'au délai de réméré. D'ailleurs, ajoute-t-on, il n'y a pas parité de motifs. La loi a pu craindre que si la propriété de l'acheteur restait trop longtemps incertaine, son crédit n'en souffrit une très grave atteinte et que la chose ne fût pas bien exploitée par lui; enfin à défaut des articles 1660-1661, les parties auraient toujours stipulé un long terme, car le vendeur l'aurait exigé comme une condition *sine quâ non* de l'aliénation, l'acheteur ne l'aurait que rarement refusé, les chances de réméré lui paraissant, lors du contrat, très faibles; et si cependant le retrait se fût opéré, les ayants cause de l'acheteur eussent été fort durement frappés. Dans les promesses unilatérales de vente, de tels dangers ne sont guère à craindre, le promettant a un intérêt trop sérieux en jeu pour conclure à long terme un engagement d'aliéner au profit d'un tiers déterminé; faite pour longtemps, cette promesse immobiliserait complètement la propriété entre les mains du promettant, celui-ci étant dès lors empêché d'en disposer par la crainte de voir le stipulant réclamer des dommages-intérêts considérables à raison de l'inexécution de l'engagement pris envers lui. La loi n'a donc pas, con-

clut-on, à limiter à un délai étroit le droit pour le stipulant de se prévaloir d'une promesse de vente ; l'intérêt évident des promettants étant de ne se lier que pour peu de temps, les promesses à long terme ne sauraient constituer un danger social, vu leur rareté, la loi n'a pas à s'en préoccuper. (M. C. de Santerre, VII, n° 107 *bis*, IV.)

133. — Pour nous qui, dans certains cas, voyons dans le pacte de prorogation une vraie prolongation du terme de retrait, nous devons le soumettre alors aux articles 1660 et 1661, sans quoi il y aurait là pour les parties un moyen d'en éluder la prohibition en stipulant le délai en deux fois au lieu de le fixer définitivement lors du contrat. Cependant cette solution a été contestée : « Le but de l'article 1660, dit M. Dalloz, est d'empêcher que l'acheteur puisse se lier pour plus de cinq ans », et cette disposition n'est ni violée, ni éludée quand, postérieurement à la vente, les parties procédant dans la plénitude de leur liberté, contractent un nouvel engagement quinquennal. C'est là, pensons-nous, une interprétation erronée de l'article 1660, qui ne repose sur aucun argument sérieux. Ses partisans invoquent l'article 815, 2°, qui, après avoir défendu de stipuler pour plus de cinq ans le maintien d'une indivision, autorise le renouvellement de cette convention de telle manière que, par des réitérations successives, le droit au partage peut être indéfiniment reculé. Mais cette espèce ne présente avec la nôtre aucune analogie : on conçoit très bien que le maintien de l'indivision puisse être une mesure fort utile, afin que le partage ou la licitation n'ait lieu qu'à une époque favorable. Un pareil motif ne se trouve pas dans notre hypothèse et, nous le répétons, des prorogations semblables rendraient inutiles les limitations que la loi a cru devoir imposer aux parties en matière de délai de retrait. Le texte absolument restrictif de l'article 1660 n'autoriserait même pas en dehors de la considération précédente l'application à notre hypothèse et par simple analogie de l'article 815, 2° alinéa. (*Sic*, Bordeaux. D. P. 1850, 2, p. 17. Toullier, *Code civil*, t. VI, p. 125.)

CHAPITRE VI

CONDITIONS ET MODE D'EXERCICE DU RÉMÉRÉ

134. — Le Code n'a pas indiqué par quelle voie le vendeur arrivera à exercer le retrait. L'exercice de ce droit peut être amiable ou non. Ce sont deux cas qu'il nous faut envisager.

SECTION I. — EXERCICE AMIABLE

135. — Il se peut que le contrat ait déterminé les moyens que le vendeur devra employer pour accomplir le retrait, les clauses insérées dans ce but, en tant qu'elles ne dérogent pas aux articles 1660 et 1661, devront être observées; et si l'acheteur refuse de se soumettre au réméré exigé conformément à ces clauses, les tribunaux devront l'y contraindre, car la convention fait loi entre les parties. Si au contraire le contrat est muet à ce sujet, tout se passera entre le vendeur et l'acheteur comme ils l'entendront, l'un fera accomplir la condition résolutoire en offraut les remboursements de droit, l'acheteur acceptera les offres, restituera la chose après avoir été remboursé, et pour plus de sûreté il sera passé acte de l'exercice du retrait.

Si les parties ne parviennent pas à s'entendre sur le *quantum* des remboursements ou la restitution de la chose, le vendeur procédera malgré l'acheteur, et pour ce faire devra remplir certaines conditions que nous allons examiner.

SECTION II. — EXERCICE FORCÉ

136. — A ne considérer que la lettre des textes qui régissent la matière du réméré, on pourrait croire que ce droit ne peut s'exercer que par voie d'action à intenter avant l'expiration du délai; cette action devant remplir une fonction analogue à celle de l'action en validité de saisie-gagerie. C'est ce que semble dire l'article 1662 : « Faute par le vendeur d'exercer son action en réméré

dans le terme prescrit.... » Les articles 1664, 1668, 1671 et 1672 s'expriment de même. Mais les mots employés ne doivent pas être strictement interprétés. D'abord l'on conçoit fort bien un retrait amiable comme nous venons de le montrer tout à l'heure; imposer au vendeur la voie d'action serait entraîner des frais frustratoires. Ensuite en se référant à l'article 1673, on voit que le réméré n'y est pas présenté comme s'opérant judiciairement; de même dans l'article 1669. Nous ne voulons pas dire qu'il n'y ait jamais lieu à une action en justice, loin de là; mais nous entendons que cette action n'a de raison d'être que si le vendeur prétendant avoir rempli la condition, l'acheteur le conteste et refuse de restituer. C'est bien ainsi que décident la jurisprudence et la doctrine, et un arrêt de la cour de Douai du 17 décembre 1814 montre que l'action dirigée contre l'acheteur à réméré à la suite de son refus d'accepter les offres peut être intentée après la péremption du délai de réméré sans que le vendeur soit pour cela déchu de son droit, à condition que cette action soit reconnue ensuite fondée et que le jugement constate, qu'avant l'expiration du terme, les actes nécessaires à l'exercice du retrait avaient été exécutés.

137. — Toute la difficulté qui existe en notre matière est de savoir qu'elles sont les formes à suivre par le retrayant et comment il doit s'y prendre pour faire accomplir la condition résolutoire qui lui assure la reprise du bien. Question d'une importance capitale, car une fois ces moyens employés, le vendeur pourra, pour invoquer le retrait, se prévaloir de la règle : « Quoties per eum « *cujus interest conditionem non impleri fiat quo minus im-* « *pleatur, perinde haberi (debet) ac si impleta conditio fuisset.* » (Loi 161, D., liv. L, tit. XVII, *de reg. jur.*; et art. 1178. Code civ.). — Quels sont ces moyens : c'est sur quoi l'on n'est point d'accord, et l'opinion qu'on adopte à ce sujet dépend de la définition que l'on donne de la condition résolutoire contenue dans le retrait.

138. — Pour nous la condition est celle-ci : Remboursement à l'acheteur du prix et des accessoires avant la péremption du délai. Nous avons déjà vu qu'en droit commun coutumier, la déchéance du droit de retirer ne se produisait pas de plein droit, et résultait seulement d'une sentence judiciaire provoquée par l'acheteur. En tenant compte de cette particularité, nous pouvons poser en principe que pour exercer le réméré, le retrayant devait « au jour

de l'assignation (aujourd'hui nous dirons avant l'échéance du délai) offrir, consigner et déposer actuellement les deniers du contrat, autrement il ne serait recevable » (Coutume de Normandie, art. 503). C'est, dit Basnage, ce qui a donné lieu au proverbe « qu'en retrait conventionnel il faut aller à la bourse et à la course. » Guy Coquille disait de même « ainsi est question d'exécuter un fait de bourse qui est de présenter deniers à découvert et de les payer. » La formule de Basnage nous semble devoir être encore exacte aujourd'hui, c'est ce que nous allons démontrer en expliquant sa portée; pour cela, examinons successivement ses deux termes.

139. — Art. 1^{er}. **Il faut aller à la bourse.**

C'est-à-dire que le vendeur en déclarant sa volonté d'exercer le réméré doit aussi faire des offres réelles, et sur le refus de l'acheteur d'accepter la somme, la consigner.

Cette proposition était déjà contestée dans l'ancien droit. Le Parlement de Toulouse n'exigeait pour le retrait, ni offres réelles, ni consignation, mais une simple interpellation suivie, dans le délai, d'offres verbales. Tiraqueau (*De retr. conv.*, § 4, gl. 6, n° 4), Mantica (*De Tac. et Ambig.*, liv. IV, t. XXXII); Perrezius (*ad Cod.* liv. IV. t. LIV, Prolect et loi 7) requéraient des offres réelles, sans que la consignation fût indispensable. Mais la grande majorité des arrêts des Parlements (Paris, Grenoble, Poitiers, Navarre, Normandie, etc.) exigeait la réunion de ces deux faits. Dans ce sens la coutume de Loudunois disait (chap. xvi, art. 1) : En refus d'iceux (deniers offerts amiablement).... on doit les offrir et consigner. » La coutume de Poitou (t. II, art. 336) décidait que « celui qui veut retirer.... doit en cas de refus faire son offre.... et sur refus d'argent doit consigner en main de cour, ». Même disposition se retrouve dans les coutumes d'Angoumois, chap. v, art. 77 et de Normandie, chap. xviii, art. 489.

140. — La jurisprudence postérieure à 1804 et beaucoup d'auteurs ont repoussé cette solution et proclamé que pour retirer le vendeur n'a besoin que de déclarer sa volonté dans le délai par un acte faisant foi : procès-verbal d'offres notarié, signification, etc. (*Sic.* Douai, 17 décembre 1814; Bruxelles, 10 août 1836). Voyons les arguments produits à l'appui de cette thèse. La

l'aculté de réméré est, dit-on, une condition **expresse** résolutoire et potestative. Casuelle, elle opérerait comme toute condition résolutoire, *ipso jure*; mais à raison de son caractère potestatif, elle exige, dit M. Laurent (t. XXIV, n° 396), une manifestation de volonté. Le réméré constitue un acte dont le vendeur est libre de s'abstenir, tandis que s'il constituait une condition ordinaire, il s'accomplirait à son insu comme à son escient, et même malgré lui. Le vendeur doit donc manifester son intention de retraire; cela fait, la condition résolutoire produit ses effets : le contrat et ses suites sont anéantis et se trouvent remplacés à la charge du retrayé par l'obligation de faire au retrayant, moyennant certains remboursements, la restitution de la chose qu'il détient et de ses accessoires. « Mais, continue M. Laurent, l'exécution de ces obligations réciproques ne constitue pas la condition, c'est plutôt la suite de l'accomplissement de la condition. Dans la condition résolutoire casuelle, il y a aussi des restitutions réciproques à faire, des obligations à remplir, cela n'empêche pas que le contrat soit résolu à partir du moment où l'événement qui constitue la condition s'est accompli. » Pourquoi, conclut-on, dire autrement de la condition potestative, il n'y en a aucune raison, la seule différence qui les sépare, c'est que, dans cette dernière, la volonté du créancier tient lieu de l'événement qui constitue la première. Si l'acheteur ne veut pas accepter l'offre amiable (et cela résulte de ce que le vendeur a dû la renouveler d'une façon plus pressante), il a voulu empêcher l'accomplissement de la condition, ce qui rend applicable l'article 1178, la condition est donc réputée exécutée par le seul fait que l'acheteur a refusé les offres.

Quant à la nécessité d'exiger des offres réelles et la consignation, les mêmes auteurs, avec les cours de Nîmes et de cassation (Sirey, 1840, 2, p. 319; 1856, 1, p. 671) le contestent énergiquement. « Que signifierait, dit M. Dalloz, une consignation? Consigner c'est payer, or le vendeur n'a pas à payer sa dette avant que le retrayé n'ait rempli son obligation de restituer, car de deux personnes liées par des engagements réciproques, aucune n'est forcée d'exécuter avant l'autre. Quant aux offres réelles, si la loi eût voulu les exiger, on ne s'expliquerait guère son silence. » Aucune disposition de la loi, dit la Cour de cassation (arrêt précité de 1856), ne règle le mode d'exercice du réméré; nulle part il

n'est prescrit au vendeur de faire à peine de déchéance et dans le délai fixé soit le paiement effectif..... soit des offres réelles destinées à le remplacer. Ce silence est d'autant plus significatif que l'article 1673 donne à l'acheteur un droit de rétention pour le cas où le vendeur n'aurait pas encore fourni les prestations qu'il doit remplir ; ce qui suppose nécessairement qu'aucune déchéance ne le frappe par suite de son retard à faire les remboursements, et que ceux-ci sont la conséquence du réméré exercé, mais non la condition de son exercice. Comme les offres réelles suivies de consignation équivalent au paiement, le raisonnement fait à l'égard de celui-ci leur est applicable, elles ne sont pas imposées au retrayant (*sic*, cour de la Réunion, D. P., 1856, 1, 132). D'ailleurs, en raison, comment s'expliquer leur nécessité ? Ces offres devraient comprendre outre le prix des sommes non encore liquidées (coût des améliorations, réparations nécessaires, etc.). De quelle valeur faudrait-il donc les faire ? On l'ignorera jusqu'à la liquidation, jusque-là l'acheteur pourra rester en possession et le vendeur refuser tout remboursement. Cela étant, pourquoi des offres réelles qui ne sauraient être acceptées ? Ce ne serait qu'une vaine démonstration, la loi n'a pu vouloir l'imposer au retrayant (*sic*, D. A., v° *Vente*, n° 1499). Toutes ces conditions prouvent que le réméré est exercé indépendamment de tout paiement fait par le vendeur, soit réellement, soit par voie d'offres réelles et de consignation.

141. — Le système précédent ne nous satisfait point ; ses arguments n'ont pas une valeur indiscutable, son adoption aurait, d'après nous, des conséquences contraires aux dispositions de la loi en matière de droit de retrait. A notre sens, la condition résolutoire de réméré ne consiste pas dans une simple affirmation par le vendeur de ses intentions, l'affirmation résultât-elle de propositions sérieuses. L'article 1659 le démontre clairement : il définit la stipulation de la faculté de réméré « un pacte par lequel le vendeur se réserve de reprendre la chose vendue moyennant la restitution du prix principal et les remboursements accessoires de l'article 1672. » Cette restitution, voilà la condition résolutoire, la construction grammaticale du texte en est la preuve : le vendeur pourra retirer *moyennant* la restitution, etc., c'est-à-dire qu'il pourra réclamer sa chose comme en étant redevenu proprié-

taire à raison des remboursements par lui effectués. A cela M. Laurent répond : « Cette interprétation repose sur une confusion d'idées; l'art. 1659 définit le pacte et n'a pas pour objet de dire en quoi consiste l'exercice du retrait. » La réponse est-elle concluante? L'article 1659 définit la faculté de rachat, rien de mieux, mais s'il ne contient qu'une définition, pourquoi y fait-il entrer la notion des remboursements si ce n'est parce qu'ils font partie intégrante du rachat; cela montre bien qu'ils le constituent loin de n'en être qu'une pure conséquence. Quoi d'ailleurs de plus naturel? Le retrait n'est-il pas destiné à s'accomplir « donnant, donnant? » L'action en réméré tend à obtenir la restitution de la chose; comment le vendeur pourrait-il l'intenter s'il n'a pas commencé par rembourser effectivement ou fictivement? En établissant la clause de réméré, les deux parties ont voulu que, la condition survenant, tout fut remis au même état que si la vente n'avait jamais eu lieu et, pour réaliser cette intention, il faut qu'à l'instant où le vendeur redevient propriétaire de la chose, l'acheteur reprenne la propriété des sommes indiquées par nos textes. La nécessité des offres réelles et de la consignation, pour suppléer à une tradition directe que l'acheteur a refusée, résulte donc de la volonté des contractants. Elles constituent, disent nos adversaires, l'équivalent d'un paiement qui n'est dû que lorsque l'acheteur restituera, alors seulement, il est juste que le vendeur se dessaisisse à jamais de son argent. Cela est vrai, mais nous prétendons que, même avant cette époque, il doit montrer par des offres réelles qu'il est prêt à la verser et que la mauvaise volonté de l'acheteur ne doit pas le priver de son droit de demander la restitution d'un bien qui est redevenu le sien. Il y a là une situation identique à celle qui se rencontrait à Rome en matière de contrats innommés, le contractant, pour avoir action contre son cocontractant, devait préalablement accomplir la prestation mise à sa charge par la convention. L'article 1673 contredit-il notre opinion, en conférant à l'acheteur un droit de rétention? Nullement. D'abord ses termes semblent montrer qu'il suppose plutôt un réméré exercé à l'amiable, que le cas où l'acheteur se refuserait à agréer les remboursements qui lui sont offerts. Mais si l'on doit admettre qu'il vise aussi cette seconde hypothèse (et nul ne le conteste), quelle portée lui donner? Simplement celle-ci :

tant que le vendeur n'aura pas mis les sommes aux mains du re-trayé, celui-ci ne pourra être dépossédé. Nous reconnaissons que l'acheteur peut conserver la chose même après avoir cessé d'en être propriétaire (pour user du langage communément employé), mais cela ne prouve pas que le vendeur puisse retirer sans faire d'offres réelles, l'article 1673 ne démontre rien de pareil, il montre seulement que le vendeur peut retirer sans que l'acheteur ait reçu un paiement matériel. Nos offres suivies de consignation ne sont pas un remboursement effectif, elles ne le deviennent que si la justice a consacré leur validité à l'encontre de l'acheteur qui les déclarait insuffisantes. Dans l'entre-temps, le vendeur ne pourra exiger sa remise en possession, là s'appliquera le droit de rétention et ce droit ne cessera que par le jugement prononçant la validité des offres réelles. Il est encore une autre application de l'article 1673 : Si le remboursement comprend des sommes non liquidées ; le vendeur devra en tenir compte dans ses offres, mais jusqu'à la liquidation on ignorera si elles sont comprises entièrement dans la somme consignée ; comme le dit M. Colmet de Santerre : « il a pu n'être offert qu'une somme insuffisante avec promesse de la parfaire, et c'est pour la garantie de cette promesse de parfaire que le droit de rétention est utile ». M. Dalloz, en objectant que des offres réelles, devant toujours en l'espèce comprendre des sommes non encore liquidées, seraient à bon droit refusées par l'acheteur, semble avoir oublié la règle de l'article 1258 3° : pour ces sommes le vendeur ajoutera aux offres la somme qu'il jugera y correspondre, sauf à la compléter si elle est trop faible (V. coutume de Loudunois, chap. xvi, art. 3.) : grâce à ce procédé, les offres réelles offriront à l'acheteur toute la sécurité désirable, il n'aura aucun motif de les repousser et, dès lors, il n'y aura pas lieu d'invoquer leur nullité pour en exempter le vendeur. Enfin il ne saurait être question de voir dans une proposition sérieuse quelconque du vendeur l'accomplissement du réméré, sous prétexte que le refus de la part de l'acheteur de lui en donner acte entraînerait l'application de l'article 1178, comme mettant le retrayant dans l'impossibilité de remplir la condition résolutoire. — Cette manière de voir nous paraît inexacte. Une offre quelconque du vendeur n'emporte pas exercice du réméré, car il peut la faire sans avoir les moyens de la réaliser, l'ache-

teur la repousse, dira-t-on, qu'il a empêché l'événement de la condition? Non, car celle-ci est potestative de la part du vendeur et si elle est également casuelle par un certain côté, son accomplissement est indépendant de la bonne ou mauvaise volonté de l'acheteur, celui-ci ne peut l'empêcher d'être réalisée, il peut seulement nier qu'elle l'ait été : l'article 1178 ne peut donc être invoqué en faveur de l'opinion que nous combattons.

142. — Reste à examiner cette opinion au point de vue pratique : que peut-on entendre par offres sérieuses, sinon des offres réelles? Comment établir leur caractère sérieux si elles ne sont pas faites à deniers découverts? Faudra-t-il que les tribunaux recherchent si, quand elles ont été faites, le vendeur était dans une condition pécuniaire lui permettant d'effectuer les remboursements exigés; ou si les circonstances et son crédit étaient de nature à faire penser qu'il aurait voulu et pu se procurer par voie d'emprunt les sommes nécessaires? De telles preuves seraient d'une extrême difficulté, comme d'une incertitude complète. — De l'avis de nos adversaires, l'exercice du retrait pourrait consister en offres verbales sérieuses et non simulées; ce que la loi veut, disent-ils, c'est qu'avant l'échéance le vendeur affirme avec vérité qu'il entend retirer avec les fonds qu'il a entre les mains. Telle est aussi la solution des arrêts. La cour d'Amiens a décidé que le retrait pouvait résulter d'une simple sommation faite à l'acheteur de se rendre chez le notaire qui avait passé la vente pour s'entendre avec le vendeur. Les cours ont d'ailleurs eu le plus souvent à statuer pour des cas où la bonne foi du vendeur n'était pas contestable. Mais s'il est de mauvaise foi, s'il fait des propositions (n'ayant ni les sommes ni l'espoir sérieux de se les procurer de suite), dans le seul but de gagner du temps en prétendant que sa volonté a fait accomplir la condition résolutoire, et de n'avoir à payer que le jour où il aura obtenu jugement contre le retrayé, ces offres auront-elles suffi pour entraîner le rachat? Personne ne le soutient si la fraude est prouvée, mais on conçoit mal que la preuve en puisse être fournie. L'article 1660 se trouvera donc tourné, il suffira pour cela qu'au moment où l'acheteur exige la réalisation des propositions qui lui ont été faites, le vendeur soit en mesure de les accomplir, l'incertitude de la propriété se trouvera ainsi prolongée contre le vœu de la loi, faute d'avoir pu convaincre le retrayant de fraude. Au con-

traire le système que nous défendons en exigeant les offres réelles et la consignation avant la fin du délai de retrait rendra impossible toute dérogation à la règle prohibitive de la loi en matière de terme de réméré. — Les arrêts reconnaissent cet avantage, mais ils disent que la procédure d'offres réelles suivies de consignation n'a été établie que pour le débiteur qui veut payer un créancier qui s'y refuse, et qu'elle n'est pas applicable au retrayant qui n'est pas un vrai débiteur. Nous démontrerons bientôt que les articles 1257 et suivants ne visent pas que le débiteur personnel. Sans doute ils sont compris dans le chapitre de l'extinction des obligations, mais cela n'est pas un argument suffisant. Toute la théorie des preuves est bien comprise sous cette rubrique : « de la preuve des obligations et du paiement », ce qui n'empêche qu'elle s'applique aussi en matière de droits réels. Pourquoi notre procédure ne serait-elle pas applicable au cas où une personne pour obtenir un droit réel doit verser une somme aux mains d'un tiers qui la refuse ? Le bon sens et les nécessités de la pratique commandent cette extension. — Un dernier inconvénient de la doctrine adverse n'est contesté par personne. Admettons qu'en théorie pure, les propositions sincères suffisent, quelle qu'en soit la forme : comment le vendeur pourra-t-il en fait justifier de leur réalisation ? La voie des offres verbales lui sera ouverte, dit-on, mais au-dessus de 150 francs il ne pourra justifier de ses diligences par témoins, aussi lui conseille-t-on de faire des offres écrites, sinon il ne pourrait que provoquer l'aveu de l'acheteur ou lui déférer le serment. — En quoi consisteront donc ces propositions écrites ? Une lettre missive serait insuffisante, l'acheteur en étant détenteur, le vendeur n'y trouverait pas un élément de preuve. Quant à présenter un acte sous-seing privé énonçant les offres et à exiger de l'acheteur qu'il le signe pour montrer que l'acte lui a bien été communiqué ; cela n'est pas pratique, l'acheteur refuserait de donner en signant des armes contre lui. D'ailleurs, il peut être absent ou se soustraire à toute communication de la part du vendeur. Pour éviter tous ces inconvénients on est amené à conseiller à ce dernier de faire signifier ses offres par un officier public qui dressera acte du refus de l'acheteur ; or, si à cette époque le vendeur est en état de payer les sommes dont il s'agit, pourquoi ne les ferait-il pas offrir d'une façon effective ? L'aute d'agir ainsi, n'y aurait-il pas lieu contre lui

à un soupçon plausible ? De tout cela que conclure, sinon que nos adversaires doivent conseiller au vendeur prudent de suivre notre doctrine ; cela condamne la leur. — Les offres réelles une fois faites, la consignation des sommes devra suivre, le vendeur pourra dès lors réclamer la restitution de sa chose, et si le retrayé la refuse, il l'y forcera en faisant déclarer les offres bonnes et valables par les tribunaux. — Le système des offres ne souffrira exception que dans le cas où la chose vendue étant un meuble corporel, l'acheteur l'aura revendue à un tiers de bonne foi ; le retrayant ne pouvant la revendiquer, tout son droit se concentrera sur l'acheteur à réméré ; leurs obligations se compenseront jusqu'à concurrence de la plus faible, qui sera toujours celle du retrayant. Une simple déclaration de ce dernier suffira donc pour effectuer le retrait, et l'effet de ce retrait sera de conférer au vendeur contre son acheteur une action en paiement de la différence.

143. — Dans une doctrine intermédiaire présentée par Duvergier (II, § 270), les offres réelles sont considérées comme nécessaires, la consignation ne l'est pas. Une semblable prétention nous paraît peu logique. L'auteur précité raisonne ainsi : En quoi consiste la condition résolutoire ? dans un événement futur et incertain réalisable par le vendeur dans le délai de cinq ans au maximum depuis le contrat. Cet événement comprend : 1^o une manifestation de volonté ; 2^o la justification de ressources suffisantes pour faire les remboursements de droit. Ce deuxième élément est réalisé par les offres réelles ; en quoi la consignation serait-elle utile ? A quoi nous répondrons : Faute d'une consignation, les offres réelles peuvent n'avoir été qu'un vain simulacre ; le vendeur a pu se faire prêter par un tiers complaisant les sommes que l'huissier ou le notaire a offertes à l'acheteur, et les restituer aussitôt la fraude consommée. Il s'est ainsi présenté comme étant en mesure d'exercer le réméré, sans en avoir réellement les moyens. La consignation est donc nécessaire ; la loi 7. C. L. IV, tit. 54, le décidait formellement et notre ancien droit avait reproduit cette décision (coutumes de Bretagne, Normandie, Poitou, etc. Pothier, Basnage, Poullain Duparc, etc). A quoi bon innover sur ce point ? Pour se mettre en règle vis-à-vis de son créancier récalcitrant le débiteur doit donc consigner après avoir fait des offres réelles ; en somme, il doit faire tout ce qu'il peut pour engager son

cocontractant à se tenir pour satisfait; ne pouvant le payer effectivement vu son refus, il doit accomplir le paiement légal auquel le jugement validant les offres conférera rétroactivement tous les effets d'un paiement reçu matériellement par l'ayant droit. — S'il en est ainsi entre créancier et débiteur, pourquoi en serait-il autrement entre vendeur et acheteur à réméré? Parce que le premier n'est pas un débiteur au sens strict du mot? Que fait cela, la procédure d'offres suivies de consignation n'est pas spéciale au débiteur personnel. Nous l'avons déjà fait pressentir plus haut et le code lui-même le démontre en indiquant que le tiers détenteur qui a fait les notifications à fin de purge doit pour libérer l'immeuble, payer le prix aux créanciers hypothécaires « ou le consigner ». La consignation doit aussi être faite (bien qu'il y ait controverse sur ce point) par le propriétaire foncier qui réclame la mitoyenneté d'un mur séparatif ou un droit de passage (art. 661 et 682). On doit donc l'exiger aussi du retrayant. — M. Colmet de Santerre s'est rallié à la thèse de Duvergier en invoquant des arguments nouveaux. Pour lui, si la consignation est facultative, c'est qu'en refusant les offres réelles, l'acheteur empêche le vendeur de faire accomplir la condition résolutoire, que l'article 1178 est applicable, et que dès lors le vendeur n'a plus rien à faire. Cet argument n'est pas péremptoire: en refusant les offres l'acheteur n'empêche pas l'événement d'une condition qui, nous l'avons vu, est du domaine exclusif du vendeur. Sans doute les remboursements ne seront pas effectifs, mais la loi a donné justement le moyen de remédier à cela en consignat la somme, ce qui entraînera réalisation légale de la condition, quelle que soit la mauvaise volonté du retrayé. L'article 1178 n'a rien à voir dans la question et dès lors le vendeur ne doit pas être dispensé de la consignation.

144. — Art. 2. **Il faut aller à la course, c'est-à-dire que le remboursement effectif ou légal doit précéder l'expiration du délai de réméré.**

Cette doctrine a pour conséquence la résolution de la vente au moment de la consignation qui suit les offres réelles. — Dans le système que nous avons repoussé, la vente tombe à la date des propositions faites par le vendeur. Cependant, la Cour de cassation qui proclame l'inutilité d'offres réelles, a décidé (arrêt du 14 janvier 1873) que si l'exercice du réméré résulte d'une déclaration

de volonté faite pendant le délai, il n'est consommé que par le remboursement effectif des sommes mentionnées par l'article 1673; jusque-là, la vente tient encore, la résolution ne résultera que du paiement, et celui-ci pourra se faire, même après le terme légal ou conventionnel (par exemple, dans le délai que les juges auront fixé pour cela). Cette solution que nous nous proposons de combattre, marque un changement notable dans la jurisprudence de la cour suprême. Dans son arrêt de 1856, déjà cité, elle réputait le réméré exercé par le seul fait des propositions émises par le vendeur avant l'échéance du terme. Dès ce moment il reprenait la propriété et pouvait ajourner le paiement des sommes jusqu'au jour où le retrayé venait l'exiger, muni d'un titre exécutoire. L'arrêt de 1873 pose au contraire deux règles : 1° l'exercice du retrait n'est parfait et le vendeur ne redevient propriétaire que quand à son offre il a joint le remboursement matériel ; 2° pour ne pas se heurter à la péremption du délai, il lui suffit d'avoir formulé ses propositions au cours de ce délai. — On voit combien différent les solutions de nos deux arrêts au point de vue de la retranslation de la propriété de la chose au vendeur ; aussi concevons-nous mal que M. le rapporteur de l'arrêt de 1873 dont l'opinion a été admise, ait déclaré proposer à la cour le maintien de sa jurisprudence. — « On doit, dit-il, reconnaître avec les décisions antérieures que le droit au réméré est conservé par la déclaration du vendeur qu'il entend faire les remboursements ». Il n'y a là, croyons-nous, qu'une similitude de mots. — Voyons donc sur quels arguments s'applique la nouvelle théorie de la Cour de cassation : 1° L'article 1659 montre que le vendeur à réméré ne peut reprendre la chose que moyennant certains remboursements ; donc pour que la vente soit résolue, il faut deux choses : l'offre avant le délai expiré des prestations exigibles, puis le remboursement de ce qui est de droit. Cette seconde condition n'a pas besoin, d'après la doctrine traditionnelle de la jurisprudence, de précéder l'échéance du terme de retrait ; mais selon l'arrêt de 1873, elle est nécessaire pour que le réméré soit complet ; en d'autres termes le réméré est scindé, quant à son exécution, en deux opérations : d'abord une sommation tendant à conserver le droit du vendeur, et à le rendre désormais imprescriptible, puis le remboursement effectif à la suite duquel le vendeur redevient propriétaire ; 2° Ce qui confirme ce point de vue, c'est l'article

1662, aux termes duquel « faute par le vendeur d'avoir exercé « son action dans le terme prescrit, l'acquéreur demeure proprié-
« taire irrévocable » ; les offres faites dans le délai conservant le
droit de retrait, les remboursements peuvent donc intervenir à un
moment quelconque, mais jusqu'à cette époque « la vente, dit l'ar-
« rêt, n'est pas résolue, et si le vendeur se refuse à les accomplir,
« les juges peuvent le déclarer déchu de la faculté de rachat » ;
3° Prévoyant l'objection de l'article 1673 qui semble ne laisser à
l'acheteur retrayé qu'un simple droit de rétention, M. le rappor-
teur Guillemard répond : C'est précisément parce que la vente
n'est pas annulée tant que les remboursements ne sont pas faits,
que le vendeur ne peut rentrer en possession, et il fonde son
affirmation sur la tradition et la nature de la vente à réméré.
Pothier admettait bien ce droit de rétention, et cependant il déci-
dait que l'acheteur une fois condamné à restituer, il n'y avait
pas de délai fatal pour les remboursements et que le vendeur
était toujours à temps de les faire jusqu'à ce qu'il eût été pris
contre lui un jugement de déchéance. Or, le même principe
subsiste aujourd'hui ; ce qui le prouve, c'est que Portalis ne s'expli-
que pas sur ce point qui, au regard du vendeur, doit être réglé par
les « règles connues sur la manière d'exercer son action ». (Loché,
t. XIV, p. 61) ; — 4° Il n'y a dans le pacte de réméré qu'une con-
dition résolutoire qui a une durée déterminée et un élément
essentiel, les remboursements de droit ; faute par le vendeur de les
faire, ce qui s'évanouit c'est non point la vente, mais la faculté de
rachat ; il serait inconcevable que par l'effet de propositions
restées stériles, le vendeur fût redevenu propriétaire et eût pu
faire de l'acheteur un simple créancier réduit à son droit de
rétention et ne pouvant sortir de sa situation fautive qu'en faisant
saisir la chose. — Aussi doit-on dire que l'acheteur reste proprié-
taire, et que pour rendre la vente définitive, il lui suffit de faire
prononcer la déchéance par un jugement qui donnera d'abord au
vendeur un délai de grâce à l'expiration duquel cessera pour lui
le droit de rembourser, et par suite de reprendre la propriété de
la chose. Cette solution est en même temps avantageuse à l'ache-
teur qui peut faire déchoir son auteur du droit de remplir les con-
ditions du réméré, et au vendeur au profit de qui le terme du
rachat se trouve prolongé.

145. — Les partisans de la doctrine dans laquelle ne sont pas requises les offres réelles et la consignation repoussent généralement la théorie précédente et, à leur point de vue, on peut réfuter ainsi les arguments de la Cour de cassation : 1° L'argument de l'article 1659 ne peut être invoqué par elle. L'arrêt de 1856 voit dans ce texte la définition du pacte, non l'indication des conditions auxquelles le retrait est accompli ; or, l'arrêt de 1873 s'en prévaut pour voir dans le remboursement effectif une condition de la perfection du retrait, la contradiction est visible (1) ; 2° l'article 1662 ne fournit pas, dit-on, un argument beaucoup plus probant : les mots le vendeur est déchu « s'il n'a pas intenté son action dans le terme... » ne doivent pas faire croire que l'action ne peut être intentée qu'après les remboursements effectués, le retrait résulte de propositions sérieuses, celles-ci faites, quand même le vendeur ne rembourserait et n'agirait en restitution qu'après la fin du délai, il n'en aurait pas moins repris la propriété du jour de ses offres. On ne saurait reconnaître la scission que la Cour de cassation fait de l'exercice du réméré en deux périodes, ce qu'elle nomme la conservation du droit de retrait, en est en réalité l'exercice : les offres faites, la vente tombe, il subsiste seulement à la charge des parties et comme conséquence de la résolution des obligations réciproques ; 3° la Cour a cherché à détruire le grave argument que fournit contre son système l'article 1673 : Le vendeur, dit-elle, ne serait déchu de son droit de retirer rendu imprescriptible par ses offres que par un jugement obtenu à cet effet par l'acheteur. Comment concilier cette décision avec elle-même ? L'article 1662 n'indique qu'un mode de déchéance, le non-exercice du retrait dans le délai, et cette déchéance opère de plein droit. Si les offres faites à temps conservent le droit, il échappe à l'application de l'article 1662, et dès lors le vendeur peut ajourner indéfiniment les remboursements dont il est tenu, sauf à ne pas rentrer en possession de sa chose. L'arrêt de 1873 ressuscite la théorie des arrêts de déchéance que l'article 1662 répudie implicitement. Dire que malgré ses offres le vendeur ne recouvre la

1. Dans notre système, l'argument de l'arrêt de 1873 nous paraît fondé, mais la contradiction n'en subsiste pas moins, la doctrine de nos adversaires, dont la théorie de l'arrêt n'est qu'une variante, ayant pour base l'interprétation contraire de l'article 1659.

propriété que s'il paye les sommes exigées avant qu'une sentence judiciaire l'ait déclaré déchu du droit de faire ce paiement, c'est prolonger l'incertitude de la propriété même après l'expiration du terme de retrait, l'acheteur n'étant certain de conserver la propriété à jamais que s'il s'adresse aux juges pour faire impartir au vendeur un délai de grâce passé lequel tout remboursement sera sans effet. Cette théorie ne doit pas être celle du Code, d'après nos textes, l'exercice du réméré résout de plein droit la propriété de l'acheteur, mais comme le vendeur a des obligations envers ce dernier, il ne peut obtenir la possession de la chose qu'après s'être acquitté des prestations dont il est grevé. L'article 1673 appliquant cette idée confère au retrayé un droit de rétention, droit qui serait inexplicable si, jusqu'à ce qu'il fût payé, il demeurerait propriétaire, car alors pourquoi lui donner une garantie? Ajoutons avec M. Laurent « qu'il y aurait là une hérésie juridique, car la rétention est une sorte de privilège, et le propriétaire ne saurait avoir de privilège sur sa propre chose ». Pour parer à cette objection, M. Guillemand n'a pu s'empêcher de prêter à l'article 1673 une impropriété de mots frappante : selon lui, « droit de rétention » signifierait « exercice de son droit de propriété par l'acheteur vis-à-vis du vendeur ». L'expression devrait être prise dans un sens que la loi ne lui attache nulle part et signifierait que jusqu'à ce qu'il paye, le vendeur n'est pas propriétaire! — En vain tire-t-il argument de la doctrine de Pothier. Pothier n'admettait pas la scission de notre condition résolutoire, M. Guillemand nous semble avoir mal interprété sa doctrine, et cela tient à ce qu'il a confondu en un seul les deux cas distincts indiqués par le grand jurisconsulte. Pothier, disons-nous, prévoit deux hypothèses : (a) *Traité de la vente*, n° 426. Le vendeur déclare de son propre mouvement qu'il veut retirer, il ne pourra alors entrer en possession qu'après avoir satisfait l'acheteur, dans cette espèce, ce dernier n'a pas le droit de le mettre en demeure de payer au moyen d'un jugement accordant au vendeur dans ce but un terme de grâce après lequel une nouvelle sentence le déclarerait déchu du droit de réméré. Au contraire, à raison de sa déclaration, le vendeur ne peut plus être dépossédé de son droit, la seule question est de savoir si vu son retard à rembourser, l'acheteur pourra l'y contraindre ou s'il devra attendre son bon plaisir en conservant

toutefois la possession de la chose. Le jugement qui interviendra ne sera donc pas une sentence de déchéance, mais il formera pour l'acheteur un titre à l'effet de contraindre le vendeur à s'exécuter. Tel est bien le cas sur lequel l'arrêt de 1873 a statué, et l'on voit que la décision de Pothier ne confirme en rien la solution que préconise M. Guillemard. — (b) *Traité de la vente*, n° 427 et *Traité des retraits*, n° 588. Le vendeur n'exprime pas ses intentions au point de vue du retrait : l'acheteur, pour faire cesser l'incertitude de sa propriété, une fois le délai conventionnel expiré, assigne son auteur « pour voir dire qu'il sera tenu d'exercer le retrait dans le temps que fixera le juge, faute de quoi il en sera déclaré déchu par un second jugement ». Ce second cas n'est pas celui de l'arrêt, car il s'occupe de la déchéance que l'acheteur peut faire prononcer contre le vendeur qui n'a pas conservé son droit. Les paroles de Pothier sont la confirmation de notre explication ; il dit que le second jugement entraînera déchéance « si le vendeur laisse passer le temps fixé par la première sentence sans déclarer qu'il entend exercer le retrait ». Il s'agit donc ici pour le vendeur, non de payer après avoir conservé son droit, mais de conserver ce droit lui-même. La façon dont Pothier tranche la question ne peut être appliquée à l'espèce toute différente de l'arrêt de 1873. L'argument historique et les paroles de Portalis condamnent donc son système plutôt qu'ils ne lui sont favorables.

146. — Au point de vue du système qui établit la nécessité d'offres réelles et d'une consignation, la doctrine de la Cour de cassation prête encore à diverses objections. M. Guillemard la présente comme seule conforme à l'équité. Sans elle, dit-il, l'acheteur se trouverait lié par des propositions restées stériles. Cette observation est l'aveu des inconvénients du système qui n'exige pas la réalité des offres ; ses conséquences logiques, la jurisprudence, pour des raisons d'équité, se voit obligée de les répudier en formulant des distinctions qui n'ont pas de base juridique. Le résultat qu'elle recherche, nous l'atteignons sans blesser la logique en exigeant pour l'exercice du retrait une consignation préalable à l'expiration du délai. De plus, en qualifiant de terme de grâce le délai que, selon elle, conférerait le jugement au vendeur pour payer, la Cour suprême semble reconnaître qu'il y a là une faveur contraire (en droit au moins) à la décision de l'ar-

ticle 1662 et qui aboutit à prolonger le délai de l'article 1660. En outre, le système de l'arrêt de 1873 est-il bien conforme aux intentions des parties? Celles-ci ont voulu que le contrat, s'il n'était pas résolu dans un délai déterminé, fût inattaquable. Que fait l'arrêt? il retarde après l'expiration du terme de cinq ans l'éventualité de résolution : il suffit pour cela que le vendeur ait auparavant fait des propositions ; cela supposé, pendant trente ans encore, la propriété de l'acheteur sera incertaine ; pour la faire tomber, le vendeur n'aura qu'à faire les remboursements ; sans doute l'acheteur pourra obtenir un jugement mettant fin à cette incertitude, mais il peut ne pas agir, soit par négligence, soit par suite d'une collusion avec le vendeur. Dans ce dernier cas, que deviendront les droits des tiers? La loi avait voulu les protéger en limitant le délai de réméré, l'arrêt les met à la merci du vendeur!

147. — Nous persistons donc dans notre théorie, et nous considérons que rien ne pourrait faire l'office d'offres réelles. L'ajournement donné à l'acheteur ne peut les remplacer, quand même il aurait été signifié dans le délai de réméré. Cela résulte de ce qu'un tel acte ne peut servir de fondement à une consignation (1) et que celle-ci est nécessaire pour que l'on puisse tenir le retrait pour exercé. Comme le disait Guy Coquille : « Il n'est question d'exercer action en demandant, défendant, plaidant et écrivant... mais de présenter deniers à découvert et de les payer. » (V. en ce sens M. Garnier, *Dict. de l'Enregistrement*, n° 13874).

148. — Art. 3. **La demande en restitution est exempte du préliminaire de conciliation.**

Elle n'est en effet qu'une demande en validité d'offres réelles et à ce titre elle est régie par l'article 49 n° 7 du Code de procédure (*Sic*, Orléans, 11 novembre 1831). En vain a-t-on objecté que s'il y a bien dans la demande une question subsidiaire de validité d'offres, elle présente un objet bien différent : qu'il s'agit d'une façon principale de savoir si le retrait a été bien ou mal exercé. Ce raisonnement ne manque pas de justesse, mais sa conclusion nous semble excessive : que le but principal de l'action détermine

1. L'article 1 de la loi du 3 juillet 1816 ne mentionne pas en effet parmi les sommes susceptibles d'être consignées celles qu'un demandeur se déclarerait prêt dans un ajournement à fournir à son adversaire.

les formes à suivre, voilà ce que nous contestons dans l'espèce. S'il en était ainsi, l'article 49, 7° serait complètement inutile, car jamais un jugement prononçant la validité des offres réelles n'a cette solution pour but principal ; toujours il tend à trancher la question plus générale de savoir si le débiteur doit ou ne doit plus. Notre texte montre que dans des actions de ce genre les formes à suivre sont celles que comporte leur caractère apparent. S'il en est ainsi, notre assertion quant à l'action de retrait se trouve pleinement justifiée.

SECTION III. — DES PERSONNES CONTRE LESQUELLES LE RÉMÉRÉ
PEUT ÊTRE EXERCÉ

149. — Comme le contrat a été établi contre l'acheteur et au profit du vendeur la faculté de rachat, le réméré exercé contre lui sera la conséquence directe de l'obligation personnelle qu'il a assumée. Cela est incontestable et n'a pas besoin d'explication. Ce qui doit appeler quelques instants notre attention, c'est le droit du vendeur à exercer directement le réméré contre le sous-acquéreur de la chose. Ce droit a sa source dans la nature même de la faculté de rachat.

150. — Le réméré consiste dans l'accomplissement dépendant du vendeur d'une condition résolutoire qui opère de plein droit anéantissement de la vente, et rétablit de même le vendeur dans la propriété de la chose. Telle il l'avait antérieurement au contrat, telle il la reprend, il n'a jamais cessé d'en être propriétaire ; l'incertitude qui s'était produite dans l'entre-temps disparaît rétroactivement, de là pour le vendeur une action en revendication efficace contre tout tiers détenteur. Cette action, il peut l'intenter quand même le détenteur en question, tenant la chose de l'acheteur à réméré, ignorerait l'existence de la clause dont le demandeur se prévaut. La règle « *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet* » est ici applicable. Mais outre que le tiers détenteur est sujet à la revendication du retrayant, il peut être actionné directement sans qu'il puisse objecter que l'acheteur à réméré n'a pas été mis en cause. C'est bien ce que semble dire l'article 1664 : « Le vendeur à pacte de rachat peut exercer son action contre un second acquéreur quand même la faculté de ré-

méré n'aurait pas été déclarée dans le second contrat ». Ainsi à condition d'avoir payé au sous-acquéreur (ou du moins consigné après offres réelles) les remboursements de droit, le retrayant peut revendiquer contre lui le bien, directement, sans être tenu d'agir auparavant contre son propre acheteur.

Pothier explique cette solution d'une façon plus subtile que concluante. D'après lui, « il y a certaines obligations à l'exécution desquelles la chose qui en fait l'objet est affectée, et cette affectation donne un droit dans la chose au créancier pour poursuivre l'exécution de l'obligation contre les tiers détenteurs de cette chose. » C'est ce qui arrive en matière de réméré où l'affectation résulte de ce que le vendeur est réputé s'être réservé une garantie sur la chose pour assurer l'exécution par l'acheteur des obligations que celui-ci a contractées par rapport à cette chose (*Obligations*, n° 154). Ce raisonnement peut, à la rigueur, expliquer comment l'action du vendeur est réelle, mais non pourquoi elle est directe. Il a d'ailleurs pour base une façon de concevoir le droit de retrait qui n'est pas celle du Code. De nos jours, le droit du vendeur résulte non d'une réserve tacite faite lors de la vente, mais de l'accomplissement en temps utile de la condition résolutoire; et le caractère direct de son action se justifie par la nature à certains égards particulière de la condition résolutoire qui en est la source.

151. — Quand une vente est résolue faute de paiement du prix ou rescindée pour lésion, le vendeur n'a pas d'action directe contre les tiers détenteurs, car dans les deux cas la condition résolutoire n'est pas expresse, c'est-à-dire que la lésion et le défaut de paiement du prix de vente n'entraînent la résolution du contrat que si le vendeur les fait constater en justice, le jugement est donc résolutoire à beaucoup plus juste titre que les faits qui lui donnent lieu, ceux-ci doivent être prouvés et cela naturellement contre celui à qui ils sont imputables : contre l'acheteur; alors seulement le contrat tombe et le vendeur peut revendiquer contre les tiers détenteurs. Au contraire, l'exercice du réméré constitue un acte volontaire de la part du vendeur, acte que l'acheteur ne peut empêcher et à raison duquel il n'a pas besoin d'être mis en cause.

152. — L'action directe atteint même le sous-acquéreur qui n'a pas connu par son titre d'acquisition l'existence de la faculté de

rachat. Sa bonne foi à cet égard n'est en effet que le résultat d'une négligence, il devait, quand il a traité avec l'acheteur à réméré, se faire représenter le titre de propriété de celui-ci : en agissant ainsi il aurait connu le danger dont elle était menacée (1).

153. — Si le tiers détenteur n'est acquéreur que de l'usufruit, il est néanmoins exposé au retrait, car si la condition résolutoire survient, il n'est plus qu'un possesseur sans titre. L'action devrait être également exercée contre le nu-propriétaire, c'est ce qu'a reconnu l'arrêt de la Cour de Montpellier du 3 décembre 1822, pour l'hypothèse où l'acheteur aurait donné la chose avec réserve d'usufruit (V. aussi Merlin, v° *Faculté de rachat*, n° 5).

154. — Tout ce que nous venons de dire s'applique sans difficulté quand l'objet dont il s'agit est un immeuble, mais *quid* si c'est un meuble corporel? Le vendeur n'ayant contre le tiers détenteur qu'une action en revendication et non un droit personnel, cette action ne pourra frapper la personne qui détient le meuble sans connaître la clause de réméré, mais elle y sera soumise si elle la connaissait. C'est l'application de l'article 2279 tel qu'on l'interprète généralement (V. Sirey, 1841, 2, 433). Ne pouvant revendiquer la chose, le vendeur n'aura que son recours personnel contre son acheteur pour obtenir la différence dont nous avons fait mention au n° 142 (*in fine*).

155. — Une question plus complexe se présente au cas où l'acheteur à réméré d'un meuble corporel l'a donné en gage. Le créancier gagiste de bonne foi peut-il invoquer contre le retrayant l'article 2279 et repousser ainsi l'action en revendication suivie contre lui? Les opinions sont partagées. M. Aubry et Rau soutiennent l'affirmative : pour eux, l'article 2102, n° 4, en est la preuve, car on y voit un gagiste de bonne foi primer sur le meuble dont il est nanti le vendeur même de qui son débiteur le tient (*Sic*, M. Valette, *Priv. et hyp.*, n° 49). Malgré cet argument, nous pensons avec M. Laurent (XXIV, n° 411) que l'analogie n'est qu'apparente : entre plusieurs privilèges de cause différente, il faut bien que l'un prime l'autre, et le gagiste de bonne foi est, en

1. Comme d'ailleurs l'acheteur à réméré a été en faute aussi de ne l'avoir pas averti, il sera passible d'une action en garantie et en dommages-intérêts.

vertu de sa possession, préféré au vendeur qui le plus souvent ne saurait prouver contre lui sa propriété antérieure.

Mais dans notre espèce, il s'agit de dire lequel l'emportera du propriétaire actuel ou du créancier à qui un droit de gage a été conféré par une personne dont, en définitive, le droit de propriété conditionnel ne s'est pas réalisé, on n'est donc plus en présence de deux droits de même nature, de deux privilèges, mais de la propriété même devant laquelle doit s'effacer un simple droit de nantissement et de privilège nécessairement inférieur. (*Sic*, Troplong, *Priv. et Hyp.*, n° 171.)

SECTION IV. — DE LA DIVISIBILITÉ DE L'EXERCICE DU RÉMÉRÉ

156. — Sous cette rubrique, nous étudierons plusieurs hypothèses, nous verrons quelles solutions doivent être données : 1° Quand la vente a porté sur une part indivise d'un fonds (1667) ; 2° Quand il y a eu plusieurs covendeurs conjoints (1668 à 1671) ; 3° Quand il y a eu plusieurs coacheteurs (1672). Ces trois cas offrent certaines complications dont l'étude ne sera pas sans intérêt.

157. — Art. 1^{er}. **Vente à réméré d'une part indivise. la chose étant ensuite licitée avant le retrait.**

Si le vendeur veut exercer le réméré d'une part indivise qu'il avait vendue et que l'acheteur a conservée telle quelle, il agira pour cette part. Mais si dans l'entre-temps la licitation a eu lieu, selon ses résultats l'exercice du rachat pourra subir diverses modifications. Nous examinerons les diverses hypothèses qui peuvent se présenter.

158. — § 1. *Cas où l'acheteur se porte adjudicataire sur la licitation provoquée contre lui.*

Pour ce cas, l'article 1667 dispose qu'il peut contraindre le vendeur à « retirer le tout ». C'est qu'en effet la licitation suppose que le partage en nature n'a pu être effectué, c'est un acte forcé, à raison duquel sans doute l'acheteur n'était pas forcé de se porter adjudicataire, mais s'il l'a fait c'a été pour conserver la part qu'il avait acquise à réméré. S'il n'avait pas agi ainsi, il en eût été dépouillé, il a donc accompli en se portant adjudicataire un acte conservatoire et une dépense nécessaire, il est donc équitable d'exi-

ger du retrayant qu'il reprenne la chose tout entière en remboursant à son acheteur le prix que celui-ci a dû payer à raison de la licitation et non pas seulement le prix de la vente à réméré. M. Troplong (n° 744) assigne un autre motif à l'article 1667 « l'affection que porte le vendeur à la fraction de chose qu'il retire est une présomption qu'en cas de licitation il se serait rendu adjudicataire et aurait fait ce que l'acheteur a cru devoir faire lors du partage provoqué contre lui ». — Cette raison n'est pas concluante. Car si on devait l'admettre dans l'espèce elle s'appliquerait également au cas où l'acheteur aurait lui-même provoqué la licitation et cette nouvelle hypothèse devrait être régie par l'article 1667. Car la gestion d'affaires qui d'après M. Troplong sert de base à cette règle existerait au même degré dans les deux cas. Cependant lui-même, avec tous les auteurs sans exception, les tranche d'une façon différente. Le motif qu'il donne de l'article 1667 n'est donc pas exact.

159. — Remarquons d'ailleurs que l'acheteur peut ne pas exiger un retrait total, et cela se produira si l'adjudication faite à son profit a été une bonne opération, il cherchera à ne s'en départir que le moins possible. S'il en est ainsi et que d'ailleurs le vendeur n'exige pas un retrait total, pas de difficulté. — Mais il se peut que le motif même qui pousse l'acheteur à désirer un réméré partiel pousse le vendeur à réclamer la chose en entier. Un conflit s'élèvera donc, reste à savoir qui des deux triomphera. D'après M. Duranton ce sera l'acheteur, car l'article 1667, ses termes le prouvent, entend lui conférer une faculté, le laisser libre de choisir le parti auquel il doit s'arrêter et de l'imposer au retrayant. (*Sic*, Laurent XXIV, n° 411, D. A. v° Vente n° 1529) — A notre avis le texte n'a pas prévu la question, et le vendeur pourra forcer l'acheteur à consentir au retrait total ; cette solution a pour base l'égalité qui doit régner entre les parties. Comme le montre M. Colmet de Santerre (VII, n° 113 bis, III), la décision adverse permet une véritable iniquité : si l'acheteur a fait une bonne affaire en se portant adjudicataire, il se refusera au retrait total, il l'imposera au contraire au retrayant si l'affaire a été mauvaise. Pour être juste on doit donc décider que le vendeur pourra réclamer malgré le retrayé la restitution de la chose entière.

160. — Supposons maintenant que l'acheteur s'est porté adju-

dicataire après avoir provoqué lui-même la licitation. Il ne peut plus prétendre avoir fait une dépense nécessaire de conservation, s'il ne voulait pas faire pour son propre compte une affaire qu'il jugeait avantageuse, il n'avait qu'à rester dans l'indivision du moins jusqu'à l'expiration du délai de réméré. Le droit commun régira donc notre hypothèse, le réméré portera sur la part indivise primitivement vendue, et si d'un commun accord les parties conviennent que la chose sera retirée en entier, pour la portion qui excède celle qui a fait l'objet de la vente à réméré, ce retraitement constituera non pas un réméré, mais une aliénation nouvelle, et laissera subsister dans cette proportion les droits réels que l'acheteur a pu consentir (à moins qu'ils ne soient indivisibles). Même solution si l'acheteur s'est rendu adjudicataire sur une licitation provoquée contre lui, mais qu'il aurait pu éviter en exigeant un partage en nature. En le requérant il aurait conservé la part qui lui avait été vendue, en achetant le tout il ne peut prétendre avoir fait une dépense nécessaire à la conservation de la chose.

161. — § 2. *Tout autre que l'acheteur à réméré se porte adjudicataire.*

Dans ce cas le vendeur retrayant agira contre l'adjudicataire par voie d'action réelle, il se fera rétablir dans la part indivise qu'il avait aliénée (art. 1664). L'adjudicataire évincé étant pour la part en question l'ayant cause des colicitants recourra en garantie contre eux. Mais pour déterminer les effets définitifs de ce recours, il faudra distinguer selon que l'adjudicataire est un des anciens copropriétaires ou un tiers.

162. — 1° L'adjudicataire est un étranger. Son recours tend à lui faire recouvrer une portion de son prix proportionnelle à la partie indivise que le retrayant lui a enlevée ; il aura droit en outre à des dommages-intérêts de la part de l'acheteur à réméré, que la licitation ait été provoquée par ou contre celui-ci. L'acheteur est en faute de ne pas avoir mis son vendeur en cause lors de l'adjudication ou faute de cela, de n'avoir pas stipulé dans le cahier des charges « la non-garantie en vue de l'éviction provenant du rachat » (M. Colmet de Santerre VII, n° 113 bis V). Certains auteurs ajoutent que l'acheteur à réméré colicitant a eu tort de ne pas s'opposer à l'admission des étrangers aux enchères puisqu'il savait que ceux-ci ne pourraient acquérir un droit inattaquable.

Pour nous ce reproche ne saurait être adressé d'une façon générale au colicitant. Pour qu'il pût s'opposer efficacement à l'admission d'enchérisseurs étrangers, il faudrait que ses colicitants fussent tous capables et d'accord avec lui sur ce point ; or, souvent il en sera autrement, le reproche que nous combattons n'est donc pas une raison toujours suffisante pour donner à l'adjudicataire retrayé une action en dommages-intérêts contre l'acheteur à réméré.

163. — 2° L'adjudicataire est un copropriétaire. On peut douter qu'il soit soumis à la revendication du vendeur à réméré, car la licitation faite au profit d'un des communistes a les effets d'un véritable partage et l'article 883 la régit. L'adjudicataire est donc réputé propriétaire du jour où a commencé l'indivision. Comment dès lors concevoir que le vendeur à réméré, lequel est réputé rétroactivement n'avoir jamais été propriétaire, puisse l'évincer ? Voici notre réponse. Le vendeur à réméré n'a pas été partie à la licitation, l'adjudication n'a donc pas porté sur le droit conditionnel qu'il avait retenu. A ce point de vue la licitation en question n'a pu rétroagir contre lui, son effet déclaratif ne peut en effet s'appliquer qu'entre les personnes qui y ont été appelées, c'est-à-dire entre les communistes actuels et l'acheteur à réméré. Le droit de réméré survit donc à l'adjudication faite au profit d'un des colicitants. L'article 883 n'est pas contraire à notre opinion. Sa pensée est que la licitation efface rétroactivement l'indivision à laquelle elle met fin. Or le vendeur à réméré n'était pas compris dans cette communauté, il conserve donc son droit intact et peut revendiquer contre l'adjudicataire après avoir rempli les conditions nécessaires pour exercer le réméré. Nous avons seulement à rechercher ce que sera le recours, en garantie dont sera tenu l'acheteur à réméré. Dans tous les cas il devra rembourser au retrayé une somme telle que celui-ci recouvre la partie de son prix proportionnelle à la portion du fonds dont il aura été évincé. Mais aura-t-il droit en outre à des dommages-intérêts ? A ce point de vue nous distinguerons : si la licitation a été provoquée par l'acheteur à réméré, il devra des dommages-intérêts. En faisant ce qu'il a fait, il a commis une grave imprudence, car il savait bien que l'adjudicataire serait exposé à une éviction partielle ; il a donc engagé sa responsabilité. — Si c'est contre l'acheteur à réméré

que la licitation a été provoquée, l'adjudicataire colicitant ne peut lui faire de reproche ; la cessation de l'indivision étant un fait qu'il n'a pas occasionné et qu'il ne pouvait pas empêcher (art. 815). M. Colmet de Santerre dit même qu'ici la faute sera du côté de l'adjudicataire parce qu'il a poussé à la licitation. Cette observation est trop absolue : vraie, quand l'acheteur à réméré et l'adjudicataire étaient seuls dans l'indivision, elle ne l'est plus s'il y avait d'autres communistes et si parmi ceux-là se trouvait celui qui a exigé la licitation.

164. — § 3. *Cas où la chose est un meuble corporel soumis à l'article 2279.*

Dans cette hypothèse, l'adjudicataire étant supposé de bonne foi relativement à la clause de retrait, le retrayant ne pourra revendiquer contre lui et sera réduit à son droit personnel contre l'acheteur à réméré. D'une façon générale, celui-ci devra, sur l'injonction du vendeur, restituer la valeur qui dans son patrimoine avait pris la place de l'objet licité, c'est-à-dire la part du prix qui lui a été remise. La restitution ayant lieu alors en valeur et non en nature, le vendeur n'exercera le retrait que si cette valeur excède notablement le prix de la vente à réméré, afin de bénéficier de la différence ; entre son obligation de remboursement et sa créance de restitution une compensation s'établira, et cela même montre que, comme nous l'avons dit (n° 142), il n'y aura pas dans cette hypothèse lieu à des offres réelles et à une consignation, une simple déclaration du vendeur suffira. Cette solution s'appliquera, que la licitation ait été provoquée contre l'acheteur à réméré ou par lui. Seulement, dans ce dernier cas, on peut se demander si celui-ci outre la différence sus énoncée, ne devra pas rendre au retrayant la valeur de la plus-value obtenue par la chose depuis la licitation ; M. Colmet de Santerre soutient qu'il la devra « car, dit-il, en se pressant de faire liciter avant l'expiration du délai de réméré, il a privé le vendeur de la chance de cette augmentation ». Cet argument n'est pas sans valeur. Mais nous préférons voir dans l'hypothèse dont il s'agit une question de fait dont la solution dépendra des circonstances. Sans doute la plus-value acquise par la chose aurait pu dans certains cas survenir quand même l'acheteur l'aurait conservée, et alors celui-ci devra en tenir compte au retrayant. Par exemple, c'était une œuvre d'art, qui une fois pas-

sée à l'adjudicataire, a crû en valeur par le seul fait que la renommée de son auteur a grandi. Mais à l'inverse, la plus-value peut tenir à la manière particulière dont le sous-acquéreur a usé de la chose et l'a mise en œuvre ; par exemple, c'est un objet de son commerce qu'il a exporté, tandis que l'acheteur à réméré n'étant pas commerçant l'aurait conservé par devers lui, ce qui n'aurait pas procuré à la chose la plus-value que lui donne son placement à l'étranger. Il serait donc injuste de lui imposer, au profit du retrayant, le remboursement de cette plus-value que la chose n'aurait pas eue si le retrait s'était effectué en nature, c'est-à-dire d'une façon normale.

165. — Art. 2. **De la divisibilité active de l'exercice du réméré.**

Lorsque l'objet à retraire est indivisible, le retrait ne peut être exercé divisément. Mais dans tout autre cas, le réméré est divisible dans son exercice, c'est-à-dire que s'il y a plusieurs coven-
deurs conjoints ou plusieurs héritiers d'un vendeur unique, chacune de ces personnes devra exercer le retrait pour sa part et ne pourra prétendre à retirer la chose tout entière à elle seule. Tels sont les principes que posent les articles 1668 et 1669. La divisibilité du retrait pour rationnelle qu'elle puisse paraître aurait contre l'acheteur des conséquences trop injustes si la loi ne s'était préoccupée de les écarter, non pas, comme on le dit parfois, en rendant le réméré indivisible (ce qui supposerait qu'un des coven-
deurs peut retirer le tout), mais, ce qui est bien différent en permettant à l'acheteur d'exiger « que tous les covendeurs ou tous les cohéritiers soient mis en cause afin de se concilier entre eux pour la reprise de l'héritage entier et, ajoute l'article 1670, s'ils ne se concilient pas, pour se faire renvoyer de la demande ».

166. — Avant de développer les conséquences de l'article 1670, il faut dire quelles raisons l'ont fait insérer. Un retrait partiel pourrait avoir pour l'acheteur des suites funestes et serait contraire à l'intention qu'il avait lorsqu'il a acheté la chose. A ce moment, il voulait ou bien garder cette chose dans son intégrité ou bien en être privé entièrement, de façon qu'il ne restât plus rien du contrat qu'il avait passé ; il y a la plus grande probabilité que s'il avait pu prévoir qu'il serait soumis à une restitution partielle, il n'aurait pas acquis la chose. La loi l'autorise donc (mais

sans l'y contraindre du reste) à exiger le rachat intégral et à s'y soustraire s'il n'est pas exercé dans cette mesure. Ainsi disparaît pour lui le danger de subir, à raison d'un réméré partiel « l'incommodité d'une communauté qu'il n'a voulu ni entendu souffrir lorsqu'il a acquis l'héritage » (Pothier, n° 396).

167. — Reste maintenant à régler l'application de l'article 1670. 1° Si tous les vendeurs sont d'accord pour exercer le retrait ou bien ils agiront conjointement, ou bien sur la demande de réméré du plus diligent et la mise en cause des autres, tous rempliront les conditions exigées pour le réméré et la chose devra leur être restituée.

168. — 2° Il se peut au contraire qu'un des covendeurs, voulant exercer la faculté de rachat, les autres se refusent à en faire autant. Comment trancher le désaccord? Pas de difficulté, si les vendeurs récalcitrants consentent à l'autre la cession de leur droit de retrait; cette vente fait du covendeur cessionnaire la seule personne qui ait le droit de retirer la chose et il agit comme s'il en avait été le seul aliénateur primitivement. — La question se complique si ces vendeurs refusent à la fois de retraire et de céder leur droit, soit qu'ils se réservent d'en user plus tard s'il leur plaît, soit qu'ils y renoncent (1) définitivement. Supposons donc cette renonciation. Quel parti prendre? Faut-il permettre au covendeur de retraire intégralement malgré l'acheteur? Faut-il au contraire permettre à celui-ci, après avoir exigé un retrait total, de ne pas le subir s'il ne résulte pas du consentement unanime des covendeurs? La première opinion est fréquemment soutenue comme seule conforme à l'équité. Ce qui, disent ses partisans, peut empêcher un covendeur d'exercer pour le tout le réméré que ses cocontractants refusent d'accomplir en même temps que lui,

1. A notre avis ces deux espèces n'en font qu'une. La réserve de leur droit ne peut aboutir qu'à ce résultat: ou ils ne l'exerceront pas et cela équivaudra à une renonciation, ou ils s'en prévaudront, et si l'on admet avec nous que jusque-là le covendeur diligent n'aura pu pour son compte retirer toute la chose, ils s'accorderont pour retraire ensemble selon l'article 1670. Si on juge au contraire qu'il a pu faire le retrait total, ses covendeurs pourront, en prenant leur part des remboursements, lui demander une participation aux effets avantageux. Quelque parti qu'on adopte, on voit que la réserve, si elle n'entraîne pas renonciation, ne donnera lieu à aucune distinction nouvelle.

c'est qu'ils ont droit de réserver leur action jusqu'au dernier instant du délai. Ce moment venu, s'ils ne l'exercent pas, c'est qu'ils y renoncent s'ils n'y ont pas renoncé déjà; s'il en est ainsi, que leur importe que leur covendeur s'en prévaille et en use comme sienne, en se désintéressant de la question de retrait ils se sont interdit d'empêcher que ceux d'entre eux qui sont d'accord pour l'exercer intégralement puissent le faire. Quant à l'acheteur, pour quels motifs pourrait-il s'y opposer? L'article 1670 lui permet, s'il lui déplaît d'être retrayé pour partie, d'exiger un retrait complet. L'un des covendeurs n'ayant pu se concilier avec les autres s'offre à l'exercer, il peut donc dire à l'acheteur: « Vous ne pouvez vous opposer à ce que je retire la chose dans la mesure que vous-même l'avez exigé. Pour vous, la situation sera la même que si tous les covendeurs ensemble nous exercions le réméré. Vous n'aviez donc pas de motif de repousser mes offres. » — Quant au fondement du droit de covendeur à exercer les droits de ses covendeurs, M. Colmet de Santerre le trouve dans ce fait « que le droit de rachat ne peut être à la fois divisible et indivisible; divisible, quand le covendeur veut l'exercer pour le tout; indivisible, quand il veut l'exercer pour partie. Il y a là, continue cet auteur, un résultat qui ne saurait être admis. » Un droit de propriété (car le covendeur est propriétaire conditionnel) ne peut pas ainsi dépendre du caprice des tiers. Dumoulin (v. n° 12), le président Favre, Charrondas, Despeisses, Pothier, etc., donnaient la même solution. La doctrine contraire ouvrirait d'ailleurs la voie à des collusions frauduleuses: l'acheteur à réméré menacé du retrait corromprait un des covendeurs et celui-ci, refusant d'exercer le réméré, la conciliation exigée par la lettre de l'article 1670 pour qu'il puisse être opéré totalement ferait défaut, et grâce à cette manœuvre l'acheteur deviendrait nécessairement propriétaire incommutable. C'est ce que prévoyait Dumoulin (*Tract. div. et indiv.*, n°s 582 à 584), quand il disait : « ... cohæredibus cessantibus aut dissimulantibus aut forte colludentibus cum emptore. »

168. — Nous avouons qu'en équité ces considérations sont sans réplique et nous nous rangerions bien volontiers au système dont elles sont la base si les termes de la loi étaient moins formels. Mais l'article 1670 s'exprime d'une façon trop claire pour

qu'on puisse se rallier à l'opinion précédente. Qu'exige-t-il en effet? Qu'il y ait conciliation, c'est-à-dire accord entre les covendeurs pour exercer le réméré. Cette conciliation suppose un concours de volontés qui n'existe pas si un ou quelques-uns des covendeurs viennent en leur propre nom exercer le réméré intégral sans le consentement des autres. Comment, en droit leur permettre d'invoquer comme sien pour le tout un pouvoir qui ne leur appartient qu'en partie? La formule de l'article 1670 est d'autant plus significative que, comme nous l'avons déjà dit, la doctrine ancienne (notamment celle de Pothier) était de tout point contraire à la solution qui résulte de l'interprétation littérale de notre texte. Est-il croyable que les rédacteurs qui dans la confection du titre de la vente ont eu constamment sous les yeux le traité de Pothier aient entendu reproduire sa décision sur l'objet qui nous occupe, lorsqu'on les voit employer une formule absolument contraire? Et d'ailleurs ne peut-on pas dire que le vendeur a commis une faute en vendant sa part indivise sans avoir prévu les difficultés qui pourraient surgir lorsqu'il voudrait exercer le réméré. S'il avait été prévoyant, il aurait alors fait ses réserves et, par exemple, stipulé que faute par ses contractants d'exercer le réméré, il aurait le droit absolu de retirer le tout.

169. — Remarquons qu'il est un point sur lequel les deux opinions tombent d'accord. Nos adversaires admettent comme nous que l'article 1670 n'établit au profit de l'acheteur qu'une simple faculté dont il peut ne pas réclamer le bénéfice; en ce cas, la divisibilité reprend sa pleine application. C'est ainsi que si l'un des covendeurs vient de prime abord et en son propre nom exiger un retrait total, l'acheteur peut le contraindre à n'exercer le réméré que pour sa part. (*Sic.* Grenoble, 24 juillet 1834, D. A, n° 1513, note 1.)

170. — La mise en cause dont parle l'article 1670 occasionnera des déboursés; on doit se demander qui devra les supporter. Or, le texte dit: non pas que le covendeur peut mettre en cause ses covendeurs, mais que l'acheteur peut exiger cette mise en cause. Il y a donc là pour celui qui veut retraire une obligation, il doit dès lors en avancer les frais (V. Troplong, n° 752.).

171. — Il peut se faire qu'au moment où ils sont mis en cause, les covendeurs soient déjà déchus du droit de retraire: le coven-

deur diligent se trouvera-t-il par là empêché d'exercer le retrait total? M. Troplong (n° 666) le nie, car il serait injuste que la négligence des uns pût préjudicier à l'autre, et d'ailleurs en exigeant la mise en cause dont il s'agit, l'acheteur a implicitement démontré qu'il renonçait à invoquer leur déchéance. Malgré ces raisons, nous estimons que le retrayant devra être repoussé lorsqu'il exigera le retrait entier pour son compte, faute par ses covendeurs d'avoir pu en raison de leur déchéance le requérir à leur profit. La solution contraire n'est pas en harmonie avec les termes de l'article 1670 : il exige qu'il y ait conciliation ; or, une conciliation entre une personne jouissant d'un droit et d'autres personnes déchues de ce droit, ne saurait se concevoir. Comment d'ailleurs supposer de la part de l'acheteur une renonciation implicite au bénéfice qui résulte pour lui de la péremption du délai de réméré? La loi en cette matière est extrêmement stricte ; son texte et son esprit ne permettent pas plus à l'acheteur de prolonger le terme de retrait par une sorte de renonciation tacite que de le proroger (une fois le délai primitif expiré), par une convention expressé avec les vendeurs (V. n° 127).

Tout ce que nous venons de dire relativement aux covendeurs conjoints reçoit également son application lorsqu'il s'agit de cohéritiers ayant succédé à un vendeur à réméré, à la condition que l'indivision dure encore. Si après le partage l'héritier loti de toute la chose sous condition suspensive du retrait voulait s'en prévaloir, il serait forcé de l'exercer pour le tout ; d'autre part le retrayé ne pourrait s'opposer à cet exercice intégral, le retrayant tenant la place du vendeur originaire et usant du droit de rachat comme celui-ci l'eût fait.

172.—Après avoir étudié le principe de la divisibilité active du droit de réméré dans le cas où la vente avait été consentie conjointement par tous les copropriétaires de la chose, examinons rapidement le cas où cette vente aurait été faite solidairement. Dans cette hypothèse, le lien de la solidarité qui unit les covendeurs, autorise chacun d'eux à exercer pour le tout le réméré, car il est de principe (art. 1197. — Dumoulin, *op. cit.*, part. 3, n°s 577 et 582), que le cocréancier solidaire peut mettre en œuvre le droit commun. Quels seront alors les rapports du retrayant avec ses costipulants? Quel compte leur devra-t-il, une fois le réméré

total exercé ? Il y aura lieu à la liquidation d'une gestion d'affaires véritable : le retrayant, quand ses covendeurs lui auront fait raison pour leur part des remboursements qu'il a dû effectuer, leur restituera à chacun leur droit indivis dans la chose. Mais quand ils réclameront leur participation au bénéfice du retrait, il ne sera pas subrogé contre eux aux garanties qui étaient de droit pour le retrayé (1).

Le tribunal de Belley par jugement du 2 mai 1825 avait donné une décision contraire : Dans l'espèce, le retrayant prétendait qu'ayant à lui seul rempli toutes les conditions du retrait, il était devenu seul propriétaire et il repoussait son covendeur solidaire en invoquant l'article 1251 3°, afin de conserver toute la chose ; le terme de réméré se trouvant prescrit au moment où le covendeur solidaire réclamait sa participation au retrait exercé. La cour de Lyon (Dalloz, P. 1827, II, p. 89) infirma la doctrine des premiers juges avec beaucoup de raison ; la subrogation légale de l'article 1251 3° « n'a pour objet, dit-elle, que de substituer un nouveau créancier au précédent en lui donnant le droit d'obtenir du débiteur le remboursement de la somme payée pour lui..., mais elle n'a pas eu celui de faire revivre une vente à réméré résolue par le remboursement du prix. » Le réméré exercé remet les choses au même état que si jamais la vente n'avait eu lieu ; donc la chose redevient *ipso jure* indivise quant à la propriété entre tous les covendeurs solidaires. Comme le dit d'ailleurs M. Troplong, décider qu'en l'espèce le retrayant est subrogé dans la propriété, ce serait supposer que la propriété est l'accessoire de la créance au même titre que l'hypothèque. Enfin s'il pouvait y avoir quelques doutes à cet égard, ils seraient levés par les articles 1668 et 1669 qui veulent qu'en cas de vente à réméré d'une chose commune « le retrait ne puisse être exercé par chacun des copropriétaires que pour sa part ». De là résulte que si la solidarité qui lie les covendeurs autorise l'un quelconque d'entre eux à retirer la chose entière malgré la règle générale, celui-là doit

1. Comme il a en qualité de gérant d'affaires fait des remboursements, il aura d'après la doctrine commune un droit de rétention, mais il l'aura de son chef en ladite qualité et non pas comme subrogé au droit de rétention du retrayé.

être considéré comme ayant agi non pas pour lui-même, mais à la fois dans l'intérêt de ses costipulants et dans le sien; à leur point de vue, il est donc un simple gérant d'affaires et c'est comme tel qu'il doit être traité quant aux garanties dont il peut se prévaloir pour le recouvrement de ses impenses.

173. — Reste pour épuiser l'étude de notre sujet à parler d'un cas très spécial visé par l'article 1671. Au lieu que par une seule vente les divers propriétaires aient aliéné conjointement ou solidairement à réméré la chose indivise, on suppose que chacun d'eux a vendu séparément sa part. Dans cette hypothèse « ils peuvent exercer séparément l'action de réméré sur la portion qui leur appartenait et l'acquéreur ne peut forcer celui qui l'exercera de cette manière à retirer le tout. » La raison de cette disposition est celle-ci. L'acheteur en contractant à part avec chacun des communistes a montré clairement qu'il n'entendait pas se lier vis-à-vis d'eux tous, pris dans leur ensemble : autant de ventes distinctes, autant de droits de rachat indépendants les uns des autres. Il est possible que son but ait été d'obtenir toute la chose, mais en n'exigeant pas l'engagement conjoint de tous les ayants droit, il s'est soumis à l'avance au morcellement qui pourrait résulter pour l'héritage de retraits divisés. Bien que l'article 1671 ne semble parler que du cas où il y aurait plusieurs contrats séparés, la même disposition devra s'appliquer lorsque dans une vente unique comprenant l'engagement de tous les copropriétaires, ceux-ci auront manifesté l'intention d'agir chacun pour son compte, sans lier sa situation à celle des autres vendeurs. Comme le fait excellemment remarquer M. Laurent, ce qui est à considérer dans notre hypothèse, ce n'est pas l'unité d'acte, c'est l'unité du fait juridique. Nous ferons d'ailleurs remarquer que l'article 1671 ne sera pas applicable, bien qu'il y ait eu des ventes distinctes et successives, au cas où l'acheteur à réméré d'une portion indivise se sera rendu adjudicataire de la portion restante sur la licitation provoquée contre lui. Il est vrai de dire que cette adjudication aura été consentie sans clause de réméré, et aura constitué entre les colicitants et l'adjudicataire une opération de partage, non une vente. L'apparence ne devra donc pas conduire à faire à cette espèce l'application de l'article 1671, mais l'article 1667 sera seul applicable.

174. — Art. 3. **De la divisibilité passive de l'exercice du réméré.**

On peut supposer que plusieurs ont conjointement acheté une chose à réméré ou bien que l'acheteur unique est décédé pendant le délai laissant plusieurs héritiers. Le principe de l'article 1220 conduit alors à décider que le vendeur ne pourra exercer le réméré contre chacun des cohéritiers (ou acquéreurs) qu'au prorata de sa part indivise (art. 1672). Telle était l'opinion admise à la fin de l'ancien droit. Dumoulin l'avait fait prévaloir malgré une vive controverse (Tiraqueau, *De Retractu convention.*, § 1, glose, n° 41). Que si le retrait n'est exercé qu'après le partage, si de plus le bien est tombé tout entier au lot d'un seul cohéritier, celui-ci sera soumis au réméré total; s'il a été partagé en nature, chaque cohéritier appportionné d'une partie sera passible du retrait dans la même proportion. Si dans ce dernier cas le vendeur ne veut retirer que contre quelques-uns, il en aura le droit; s'il veut retirer intégralement, il devra faire ses offres à tous les cohéritiers et s'il y a lieu de faire statuer judiciairement sur la validité du réméré exercé, il devra ou bien former autant de demandes qu'il y a de cohéritiers, ou bien les mettre tous en cause dans une même instance. Dans le cas où un seul cohéritier aurait obtenu dans le partage la chose tout entière, le vendeur « pourra », dit l'article 1672, exercer son droit contre ce cohéritier pour le tout. Ce mot indique déjà qu'il y a là une simple faculté que le retrayant peut ne pas employer. En effet, le réméré implique un droit double: droit réel contre le détenteur de la chose, droit personnel contre l'acheteur et ses héritiers à raison du contrat de vente. Agit-il pour le tout contre le cohéritier seul appportionné; c'est en vertu de son droit réel. Et il pourrait s'y prendre ainsi quand même le partage serait attributif, car alors bien que tenant en partie son droit de ses cohéritiers, le retrayant étant propriétaire pour le tout, serait, vu sa détention, passible d'un réméré total (1) par application de l'article 1664

1. Toutefois il est bon de dire que l'argument tiré de l'effet déclaratif du partage pourrait dans un cas être nécessaire pour motiver la faculté accordée au vendeur par l'article 1672. C'est celui où l'objet aliéné à réméré est un meuble corporel et où il a été attribué par le partage à un cohéritier qui

qui vise tous tiers détenteurs. A côté du droit réel, il y a, avons-nous dit, le droit personnel résultant de la vente. La mort de l'acheteur fait passer son obligation à ses héritiers et elle se divise entre eux. Ayant rempli les conditions nécessaires à l'accomplissement du réméré, le vendeur peut demander à chacun d'eux sa part dans les prestations qui sont de droit en dehors de la restitution matérielle de la chose (laquelle ne peut nécessairement être à la charge que du cohéritier détenteur). Cette remarque aura son importance lorsque le *de cujus* avait dégradé la chose ou l'avait laissée dépérir par sa négligence ; la responsabilité qu'il avait encourue de ce chef se partagera entre ses héritiers et le vendeur ; au lieu d'user de la faculté de l'article 1672 2°, il pourra se faire tenir compte de ce dommage subi par la chose, par tous les cohéritiers. La solution contraire serait fort injuste : ce serait, si le cohéritier apportionné est insolvable, retirer au vendeur une partie d'indemnité à laquelle il a droit, en faisant d'une faveur de la loi une mesure restrictive que rien ne justifierait.

175. — L'article 1672 *in fine* s'appliquera encore si, la chose ayant été partagée entre tous les cohéritiers, certains n'ont obtenu en nature qu'une part inférieure à leur portion indivise. Ainsi l'acheteur a pour héritiers son père et son frère, de l'objet de la vente chacun obtient la moitié. L'action réelle en restitution les atteindra tous deux pour moitié ; mais s'il y a lieu à l'action personnelle, le vendeur pourra exiger du frère les trois quarts, et du père le quart des indemnités de droit ; ou bien la moitié de tous deux.

176. — Faudra-t-il encore faire l'application de notre disposition quand un cohéritier pendant l'indivision retient la chose sans titre, à raison de la tolérance de ses cohéritiers ou d'une usurpation ? Oui, dirons-nous avec M. Troplong (n° 757), l'action du ven-

ignore l'existence de la clause de rachat. Si le vendeur n'avait que l'action en revendication, il ne pourrait agir pour le tout contre ce cohéritier considéré comme l'ayant cause (pour cette partie de chose) de ses copartageants et se trouvant ainsi couvert partiellement par l'article 2279. Si au contraire on considère le cohéritier loti du meuble comme tenant directement du *de cujus* (art. 883), sa position sera la même que celle de l'acheteur défunt et il pourra être poursuivi en retrait pour le tout.

deur retrayant à titre de revendication doit frapper tout détenteur. C'est en ce sens que se prononçait Tiraqueau, lorsqu'il disait (*op. cit.*, n^{os} 42 et suiv.) : « Is conveniri potest in solidum apud quem tota res reperitur. »

177. — Les règles que nous venons d'étudier en supposant plusieurs héritiers d'un acheteur à réméré unique, sont faites pour régir aussi plusieurs coacheteurs conjoints. Si l'article 1672 ne prévoit pas expressément l'hypothèse, c'est qu'en fait elle sera fort rare. Si les coacquéreurs étaient solidaires, le vendeur pourrait même pendant l'indivision poursuivre contre l'un quelconque d'entre eux le retrait intégral. Enfin, si le retrait n'est exercé qu'après l'adjudication (par licitation) de la chose à un des coacheteurs (1), celui-ci se trouvera seul tenu comme détenteur à la restitution de la chose et le vendeur pourra à son choix ou intenter contre lui seul son action personnelle, ou l'intenter divisément contre tous (art. 1672 2^e); ou enfin, s'il y avait solidarité, l'exercer contre l'un quelconque d'entre eux sans se préoccuper du point de savoir lequel est détenteur de la chose.

SECTION V. — RENONCIATION AU DROIT DE RÉMÉRÉ ET DÉCHÉANCE
! DE CE DROIT

178. — L'étude de ces deux questions complète celle du mode d'exercice du réméré et du délai pendant lequel il doit être exercé. Le vendeur, bien que réunissant toutes les conditions nécessaires pour s'en prévaloir, peut renoncer à son droit; il se peut à l'inverse que, voulant l'exercer, il s'en trouve empêché à raison d'une échéance.

Art. 1^{er}. — **Le vendeur renonce au droit de retrait.**

La renonciation peut être expresse ou tacite. Expresse, elle résultera de toute déclaration par lui faite dans ce but. Elle sera le plus souvent payée par l'acheteur qui doit en bénéficier. Tacite, elle s'induit de tous faits impliquant de la part du vendeur l'intention d'abandonner son droit de rachat. Pour nous qui voyons

1. Même solution si la chose lui a été attribuée amiablement moyennant des soultes à fournir par lui à ses coacquéreurs.

dans la consignation de la somme offerte réellement une condition nécessaire de l'exercice forcé du réméré, le fait par le vendeur de retirer sa consignation emporterait renonciation tacite. Tel était déjà l'avis de Tiraqueau (*op. cit.*, § 5, glose 10, n° 1) et de Despeisses (tit. I, sect. 6, § 8, n° 9). — Pour ceux qui n'exigent pas nécessairement la consignation, cette solution n'est pas admissible, et en l'adoptant, M. Troplong (n° 726) a, selon nous, commis une réelle inconséquence. En ces matières, du reste, les tribunaux jouiront du plus large pouvoir d'appréciation; ils discerneront d'après les circonstances de fait si tel ou tel acte du vendeur supposait de sa part une renonciation ou seulement dénotait l'intention de se départir du réméré qu'il avait entrepris, sauf à l'exercer à nouveau plus tard. Certains faits marquent plus spécialement la volonté de renoncer : tel sera le cas où, sans réserver son droit, le vendeur assiste ou acquiesce à l'aliénation que l'acheteur fait de la chose à un tiers. Si cette aliénation vient à être annulée, rescindée ou résolue, on pourrasi demander si la renonciation au droit de réméré ne se trouvera pas par là même effacée. Pour nous, le concours du vendeur à la sous-aliénation n'a eu pour but que de la favoriser, le sous-acquéreur ne voulant traiter que s'il pouvait compter sur une propriété incommutable; le contrat n'ayant pas eu d'existence, la renonciation implicite perd sa raison d'être, et si des circonstances ne ressort pas une intention contraire, nous croyons que le vendeur recouvrera la plénitude de son droit de réméré.

179. — Art. 2. **Le vendeur est déchu au droit de réméré.**

La déchéance résultera de ce que le vendeur a laissé passer le délai fixé pour le réméré sans l'exercer (art. 1662). L'acheteur se trouve ainsi devenu propriétaire incommutable. Dans notre opinion, la déchéance sera encourue lorsque la consignation des remboursements à effectuer n'aura pas précédé l'échéance du délai. Si cependant la mauvaise volonté de l'acheteur a empêché le vendeur de procéder ainsi en temps utile, l'article 1178 s'appliquera au bénéfice de ce dernier. Le cas sera fort rare (V. n° 141); cependant on peut concevoir qu'il se présente; ainsi on peut supposer que dans la vente il a été dit que le vendeur doit remettre les sommes au retrayé d'une façon effective dans le délai. La cour de Bruxelles a pour cette hypothèse décidé avec raison que si l'acheteur a par sa

faute et son mauvais vouloir empêché le vendeur d'accomplir cette condition, la déchéance n'aura pas été encourue.

180. — Cette déchéance nous semble d'ailleurs absolument définitive en ce sens que l'acheteur ne peut pas renoncer au droit de s'en prévaloir contre le vendeur. La cour de Nancy a donné cependant une solution contraire (9 juillet 1834). Dans le cas de l'arrêt, l'acheteur une fois le délai périmé avait laissé le vendeur posséder la chose sans bail moyennant la prestation des intérêts annuels du prix de vente d'où la cour avait conclu à la renonciation en question en la déclarant licite. Les termes, l'esprit de la loi répugnent à une semblable décision. Dans l'espèce précitée tout au plus pourrait-on prétendre qu'il y avait eu de la part de l'acheteur devenu propriétaire incommutable une revente de la chose. C'est ce qu'a fort bien décidé la cour de Lyon (27 juin 1832) : le délai de réméré expiré le vendeur avait stipulé le droit de reprendre la chose quand il le voudrait en remboursant le prix de vente touché par lui : la cour reconnut que cette clause contenait de la part de l'acheteur une véritable promesse unilatérale de revente.

181. — A propos de déchéance nous dirons quelques mots d'une question qui n'a plus guère aujourd'hui qu'un intérêt rétrospectif, mais qui jadis à cause de son importance a été vivement discutée. L'édit d'avril 1667 sur les biens aliénés par les paroisses (communes) dans les temps de détresse depuis 1620, décidait que dans le mois de sa publication les habitants de ces paroisses pourraient reprendre leurs biens sans formalités de justice en remboursant le prix de la vente et en remplissant certaines formalités de détail. Deux arrêts de la Cour de cassation des 8 messidor an V et 27 nivôse an 6 décidèrent que l'édit ne pouvait plus être invoqué par les communes, le réméré qu'il établissait devant être effectué dans le mois de sa publication. Mais la jurisprudence fut ensuite modifiée par l'arrêt de cassation de 1808 lequel décide que l'édit de 1667 est resté en vigueur, la loi du 10 juin 1793 (art. 14, section IV) n'ayant pas abrogé les dispositions antérieures relatives aux biens communaux aliénés en temps de détresse.

182. — Remarquons que le vendeur n'encourt pas la déchéance par le seul fait que le tribunal a déclaré ses offres insuffisantes. Sans doute si la sentence intervient après l'expiration du délai, les offres ne pourront être renouvelées ; mais dans le cas contraire et

jusqu'à l'échéance du terme, ce renouvellement pourra être fait utilement si les offres sont complétées et aussi la consignation. Ce n'est donc pas la chose jugée qui pourrait emporter déchéance du droit de réméré, mais seulement la péremption du délai (Cass., 16 août 1837).

183. — Art. 3. **Effets de la renonciation et de la déchéance.**

Le droit de réméré se trouve éteint et, par suite, le droit de l'acheteur, jusque-là incertain, est définitivement confirmé. Il est réputé propriétaire du jour de la vente ; tous les droits que depuis cette époque il a consentis à des tiers sur la chose, deviennent incommutables comme le sien propre. A l'inverse, la vente étant *ab initio* réputée pure et simple, tous les droits consentis depuis par le vendeur se trouvent n'avoir jamais eu d'existence.

Nous avons étudié précédemment les effets qu'entraînait la consolidation du droit de l'acheteur au point de vue de la purge des hypothèques qui lui sont opposables du chef des précédents propriétaires. Nous n'y reviendrons pas. Nous dirons seulement que l'acheteur cessera d'être lié par l'article 1751 : c'est-à-dire que si le vendeur avait, avant l'aliénation, conclu bail de la chose avec droit pour le tiers acquéreur d'expulser le preneur, l'acheteur, qui jusqu'à l'extinction de la faculté de rachat ne pouvait invoquer cette clause, pourra désormais s'en prévaloir.

184. — Les effets de la déchéance par suite de la péremption du délai sont si absolus qu'ils se produisent même contre les mineurs et les interdits, sauf leur recours contre le tuteur qui, par sa négligence, aurait laissé le terme arriver à échéance sans exercer le retrait. Cette solution se justifie par les mêmes considérations qui ont fait limiter à cinq ans le terme de rachat ; l'intérêt des incapables doit fléchir ici devant l'intérêt général. On ajoute souvent qu'au point de vue du délai le réméré a été assimilé par la loi à une courte prescription, et qu'à ce titre son cours n'est suspendu en faveur de personne (art. 2278).

CHAPITRE VII

ROLE DE LA TRANSCRIPTION EN MATIÈRE DE VENTE A RÉMÉRÉ

185. — Avant d'indiquer les effets du réméré accompli, nous devons étudier quelles sont les règles de publicité auxquelles est soumise la vente à réméré immobilière. Nous verrons au fur et à mesure que nous les examinerons combien leur observation est importante. Cette étude est d'ailleurs le complément indispensable de celle plus générale que nous avons entreprise.

186. — 1   *Vente à réméré.* — Nous avons admis que pendant le délai la propriété restait *in incerto*, chaque partie l'ayant conditionnellement et pouvant par suite l'aliéner ou grever la chose de droits réels, le tout sous la même condition suspensive. La vente elle-même devra donc être transcrite pour mettre les tiers qui acquerraient des droits sur la chose pendant le délai, à même de connaître l'incertitude de ces droits ; comme aussi de savoir quelle sera la condition dont l'accomplissement en confirmant ou en annulant la propriété de leur auteur fera tomber ainsi leurs propres droits. Jusqu'à sa transcription, la vente à réméré ne sera pas opposable aux ayant-cause du vendeur qui auront auparavant conservé leurs hypothèques, servitudes ou propriété, que ces droits leur aient d'ailleurs été concédés avant ou même après la conclusion de cette vente (Loi du 23 mars 1855, art. 3). Ajoutons que si la vente à réméré verbale étant contestée était affirmée et constatée par jugement, ce jugement devrait être transcrit en vertu de l'article 1, n   3, de la loi.

187. — 2   *Cession par le vendeur de sa propriété conditionnelle.* Cette cession constitue à notre avis (V. n   79) une aliénation de propriété conditionnelle, elle doit donc être transcrite. La transcription avertira les tiers que désormais le vendeur s'  st interdit de consentir sur la chose des droits réels, et d  s lors ces tiers pourront refuser en connaissance de cause ce qu'il

voudrait leur conférer. Remarquons que ceux qu'ils auront acquis depuis la cession, mais qu'ils auront transcrits avant que celle-ci ait été publiée pourront être opposés au cessionnaire, une fois que ce dernier aura exercé le réméré.

Cependant MM. Riv  re et Huguet (nés 109 et suiv.) nient que notre cession soit suj  tte    transcription par ce motif qu'elle n'est pas en elle-même translat  ve de propriété. A l'époque où l'acte de cession est intervenu, l'acheteur à réméré, disent-ils, ou celui contre qui la résolution sera plus tard prononcée, est encore propriétaire, ce n'est donc pas un droit de propriété qui est cédé par le vendeur. » Pour nous qui avons vu dans la cession un transfert de droit réel conditionnel, l'objection ne porte pas, mais même pour ceux qui ne reconnaissent au vendeur qu'un droit intérimaire personnel, elle peut être réfutée. Le rachat s'accomplit-il, c'est à raison de la cession que le retrayant a pu l'exercer et devenir propriétaire. Il est réputé l'être devenu le jour de la cession, *inter partes* l'acte de cession se trouve donc avoir été en fin de compte translatif, et à ce titre il n'est devenu opposable aux tiers qu'à partir de sa transcription. (V. M. Troplong, *Transcription*, n   60.)

188. — 3   *Exercice du droit de réméré*. Au point de vue de la transcription, nous devons distinguer si le retrait a été amiable ou s'il a été confirmé par jugement.

a). *Retrait amiable*. — La cour de Montpellier, dans ses observations présentées pendant l'enquête de 1841 sur le régime de publicité des mutations immobilières disait : « Le rachat opérant mutation de la tête de l'acheteur sur celle du vendeur et dépouillant l'acheteur du droit d'aliéner et d'hypothéquer, son exercice doit être rendu public par la transcription de l'acte (ou du jugement) qui l'opère ; à défaut il doit être considéré comme non avenue à l'égard des tiers qui pourraient avoir acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acheteur dépossédé. » A notre avis la décision serait fort acceptable, en raison elle serait même nécessaire, cependant la loi de 1855 ne l'a pas adoptée. Il faut donc, vu ce silence, décider que toute condition résolutoire opérant *ipso jure* (et non soumise dans son accomplissement à une décision judiciaire) a effet vis-à-vis des tiers sans qu'il y ait besoin de la publier. Il nous semble que l'on aurait pu tout au moins exiger la mention du réméré exercé, en

marge de la transcription de l'acte de vente ; mais la loi ne saurait être interprétée en ce sens, si des tiers ont à traiter avec le vendeur à réméré ou son acheteur ; ils seront donc prudents de s'informer auprès de ces personnes pour savoir si oui ou non le retrait a été exercé.

Tout autre serait la décision à donner pour une hypothèse qui bien qu'assez voisine d'un réméré, n'a pas en droit les mêmes caractères. C'est le cas où un échange ayant eu lieu entre deux personnes, l'une aurait stipulé le droit de reprendre à l'autre son immeuble moyennant la prestation d'une somme déterminée d'avance lors du contrat original. Il y aura dans la clause une vraie promesse unilatérale de vente dont l'exécution conduira la personne qui s'en prévaut à opérer la transcription de l'acte par lequel la reprise de l'immeuble aura été constatée (Pothier, *Cout. d'Orl.* Introduction aux fiefs, n° 146.)

189. — *b). Réméré constaté par un jugement.* Nous supposons ici que le vendeur, sur le refus de l'acheteur d'accepter ses offres, a intenté contre lui une action en revendication terminée en sa faveur par un jugement, qui a déclaré subsidiairement lesdites offres bonnes et valables. A cette espèce, il nous paraît naturel d'appliquer l'article 4 de la loi de 1855, selon lequel « tout jugement prononçant la résolution, la nullité ou la rescision d'un acte transcrit, doit, dans le mois à dater du jour où il a acquis autorité de chose jugée, être mentionné en marge de la transcription de l'acte résolu », sous peine de cent francs d'amende contre l'avoué qui, ayant obtenu le jugement, a omis cette formalité et sans que cette omission puisse mettre obstacle aux effets du jugement, vis-à-vis des tiers. Bien que dans notre espèce, le jugement rendu prononce la résolution de la vente, certains auteurs ont nié que l'article 4 lui soit applicable. Le législateur, disent MM. Rivière et Huguet (*Quest. sur la transcription*, n° 45) qui n'a pas prescrit la formalité de la transcription, quand le réméré s'exerce par un acte, n'a pas eu l'intention que les tiers fussent avertis quand il s'opère par voie d'action. — D'ailleurs, il ne s'agit pas d'un jugement constitutif de la résolution, mais déclaratif d'une résolution préalablement survenue ; or, l'article 4 prévoit un jugement « prononçant » la résolution ; il ne s'applique donc pas à notre hypothèse.

190. — Cette argumentation nous semble singulièrement subtile. Dire que l'article 4 ne prévoit pas les jugements, « constatant une résolution préexistante, c'est attribuer à ses termes une précision rigoureuse qu'ils n'ont pas et qui n'aboutirait ici qu'à un résultat fort irrationnel. Comme le fait remarquer M. Mourlon (*Traité de la transcription*, II, p. 174), l'article 4 a pour but de permettre au public de s'éclairer en consultant les registres ; or l'intérêt est le même pour tous les jugements de résolution, qu'ils la prononcent ou la constatent. Dans les deux cas, la résolution a pour les tiers le même effet ; pourquoi dès lors publier le jugement dans un cas et non dans l'autre ? Cela posé, le premier argument du système que nous combattons est-il soutenable ? Quelle raison y a-t-il de transcrire le jugement de résolution plutôt que l'acte amiable qui constate le réméré ? A notre point de vue, dirons-nous, il n'y en a pas, mais ce n'est pas une raison parce que la loi présente une lacune dans le cas d'un réméré amiable, pour en introduire une seconde sans motif plausible, au cas d'un retrait constaté par jugement. Le progrès n'est pas d'assimiler ce dernier cas au premier, mais tout au contraire de lui appliquer la nécessité de la mention prescrite par l'article 4 dont la formule, comme l'esprit, justifie cette façon d'agir (*Sic*, M. Flandrin, *Transcription*, I, n° 612).

191. — c) *Réméré exercé judiciairement par un cessionnaire*. Nous avons décidé tout à l'heure que la cession du droit conditionnel du vendeur doit être transcrite ; le jugement qui intervient pour constater le retrait au profit du cessionnaire, doit être simplement mentionné conformément à l'article 4. Voilà notre opinion ; ce n'est pas celle de tous les auteurs. Certains veulent que la cession ne soit pas transcrite et que le jugement soit mentionné ; d'autres exigent à la fois la transcription de la cession et celle du jugement. — Justifions rapidement la solution que nous avons proposée. Par la transcription de la vente à réméré, les tiers se trouvent édifiés sur les droits respectifs du vendeur et de l'acheteur. Par la transcription de la cession, ceux qui seraient tentés de traiter avec le vendeur sauront qu'il ne peut plus conférer sur la chose aliénée à réméré aucun droit réel, et que c'est le cessionnaire qui a désormais ce pouvoir, les droits par lui créés devant acquérir une existence définitive par le fait du retrait ; que

si le retrait n'est exercé par le cessionnaire que malgré l'opposition de l'acheteur, le jugement qui le constate devra, à la diligence de l'avoué du retrayant, être mentionné en marge de la transcription de la vente primitive. Sur quoi fonder les opinions contraires? Veut-on que le jugement soit transcrit séparément? Ce ne sera là qu'une formalité purement surrogatoire, car la mention aura la même efficacité. A cela on nous répond que la transcription du jugement sera exigée en vertu de l'article 1 n° 3, parce que la sentence est translatrice de propriété du retrayé au cessionnaire retrayant. Cette réponse est réfutée d'avance par ce que nous avons dit tout à l'heure : le jugement dans l'espèce est simplement déclaratif d'un retrait préexistant, et dont la réalisation rétroagit de telle sorte que c'est par l'acte de cession que le retrayant est réputé avoir acquis la propriété. — Quant à l'opinion qui nie que le jugement doive même être mentionné conformément à l'article 4, nous l'avons déjà réfutée au numéro précédent.

Ces prémisses une fois justifiées, notre conclusion se trouve établie; mais nous devons rechercher quelle est la sanction des règles que nous venons de poser; question difficile et qui peut donner lieu à de singulières complications.

192 — a). *La cession a été transcrite, mais la mention du jugement n'a pas été faite en marge de la transcription de la vente à réméré.* Le retrait n'en est pas moins opposable aux tiers qui auraient depuis le jugement traité avec l'acheteur. La seule sanction sera une amende de 100 francs infligée à l'avoué négligent.

193. — b). *La mention du jugement a été faite, mais la cession n'a pas été transcrite.* Cette cession n'est donc pas opposable aux tiers. Sans doute la mention du jugement les avertit que le réméré a été exercé par un autre que le vendeur, mais il n'en reste pas moins ceci que la publicité de la cession a dû consister en une transcription et que nul autre procédé n'y peut suppléer. — De prime abord les tiers semblent ne pouvoir considérer comme propriétaire ni le vendeur, car la mention du jugement prouve que ce n'est pas lui qui a opéré le réméré — ni le cessionnaire, dont le titre est par hypothèse supposé non transcrit — ni l'acheteur, puisque la mention du jugement les avertit que le retrait a été exercé contre lui. — Cette conséquence apparente du défaut de trans-

cription de l'acte de cession est contraire au bon sens, elle nous semble d'ailleurs reposer sur une argumentation erronée. Que vis-à-vis des tiers ni le cessionnaire ni l'acheteur ne puissent être considérés comme propriétaires, cela est incontestable. Mais le vendeur n'étant pas quant à eux réputé avoir cédé son droit, reste à leur égard propriétaire de la chose retirée. Sans doute la mention du jugement indique que le cessionnaire a exercé le retrait; mais comme il a figuré au procès en vertu d'un acte non transcrit, les tiers devront le considérer comme ayant agi non en son propre nom « mais comme mandataire du vendeur à réméré » (M. Mourlon, *op. cit.*, II, n° 568 bis). Telle est aussi notre opinion, seulement nous ne dirons pas qu'à l'égard des tiers le cessionnaire réfrayant est réputé le mandataire du vendeur; tout au plus, comme il a fait l'affaire de celui-ci, pourra-t-il être tenu pour son gérant d'affaires. (M. Verdier, *Transcription*, n° 87).

194. — Que si le cessionnaire non transcrit se trouvait en face du vendeur, celui-ci ne pourrait bien entendu se prévaloir du manque de publicité de la cession pour prétendre au bénéfice du retrait exercé par son ayant cause: on sait en effet que les aliénations même immobilières sont parfaites entre les parties par le seul effet de leur consentement réciproque.

195. — 4° *Renonciation et déchéance*. — La renonciation à la faculté de réméré enlève toute chance d'existence aux droits conférés pendant le délai par le vendeur (et transcrits après la transcription de la vente) elle enlève à celui-ci le pouvoir d'en établir désormais, et confirme ceux que l'acheteur a constitués ou constituera. — Pour le crédit de l'acheteur il importe donc que la renonciation soit transcrite. La renonciation confère au bénéficiaire la propriété conditionnelle du vendeur, dont la réunion à son propre droit formera la propriété incommutable; elle rentre donc dans les termes de l'article 1^{er} 2° de la loi de 1855 et l'acte qui la constate est sujet à transcription sous la sanction ordinaire.

196. — A propos de la déchéance nous observerons qu'elle ne fait que confirmer le droit incertain de l'acheteur qui est censé l'avoir acquis rétroactivement au jour de la vente (ou de sa transcription, à l'égard des tiers). Il ne peut donc être question ici de rien transcrire. — Si le délai périmé l'acheteur permettait au vendeur de reprendre la chose, il y aurait dans cette reprise une

rétrocession sujette à transcription (Riv. et Hug., n° 44; Flandin, n° 86). Dans un ordre d'idées analogue, nous dirons que l'acte par lequel le vendeur serait restitué contre la renonciation au réméré, serait de la part de l'acheteur une promesse unilatérale de revente frappée du droit fixe d'enregistrement, mais non sujette par elle-même à transcription. Que si le vendeur rachetait sa chose en vertu de la convention en question, la transcription deviendrait nécessaire, et il y aurait lieu à la perception du droit proportionnel de vente (*Sic*, Décision administrative du 21 juillet 1846).

CHAPITRE VIII

EFFETS DE L'EXERCICE DU RÉMÉRÉ

SECTION 1^{re}. — THÉORIE GÉNÉRALE DES EFFETS DU RETRAIT.

197. — Le réméré une fois exercé, la vente tombe et elle est réputée n'avoir jamais pris naissance. La résolution du contrat confirme donc tous les droits qui, à raison de sa conclusion, n'avaient du chef du vendeur qu'une existence incertaine; à l'inverse elle ôte toute efficacité à ceux que l'acheteur avait conférés pendant le délai. Et par là, les tiers acquéreurs ou les créanciers hypothécaires subissent un préjudice dont ils ne peuvent d'ailleurs se plaindre, car si lorsqu'ils ont traité avec l'acheteur ils s'étaient fait représenter son titre ou avaient consulté le registre des transcriptions, ils auraient connu la chance de résolution dont étaient affectés les droits réels auxquels ils prétendaient sur la chose. Par une conséquence nécessaire du principe de résolution, le vendeur retrayant aura contre tout tiers acquéreur de la chose (sauf la restriction de l'article 2279) l'action en revendication; il n'aura aucun compte à tenir des servitudes, usufruits ou droits d'hypothèque et de nantissement qui ont frappé la chose aux mains du retrayé.

198. — L'acheteur qui a subi le réméré est par contre réputé avoir été toujours propriétaire des sommes que le retrayant lui a

fournies à titre de remboursement et de là plusieurs conséquences importantes (Sirey, 1870, II, p. 245). 1° Si pendant le délai il s'est marié sous le régime de communauté, l'immeuble acquis à réméré aurait dû lui être propre, mais le réméré survenant il se trouve que les sommes qu'il a reçues tombent en vertu de l'article 1401 1° dans l'actif commun. A l'inverse, si c'est le vendeur qui s'est marié en communauté, l'immeuble qu'il retire forme un propre, sauf à fournir récompense à la communauté des valeurs qu'il en a tirées pour arriver au réméré. 2° Si l'acheteur meurt pendant le délai laissant un légataire de tous ses meubles, un légataire de tous ses immeubles, ce dernier par l'accomplissement du retrait perdra la chose et le premier bénéficiera des remboursements.

Tout ce qui précède montre bien que le retrait a un effet rétroactif. Néanmoins si tel est le principe, plusieurs restrictions doivent y être apportées.

199. — 1° L'aliénation à réméré de la chose léguée entraîne la révocation du legs, l'exercice du retrait ne le fera pas revivre (art. 1038, C. Civ.). Telle est la décision de la loi ; en raison cependant cette décision pourrait sembler contestable. Que l'aliénation à réméré révoque le legs, rien de mieux ; car le testateur a montré par là qu'il entendait en retirer le bénéfice au légataire. Mais lorsque, pour parler comme la loi « l'objet est rentré dans la main du testateur », il semble que celui-ci, en exerçant le retrait, ait voulu remettre les choses au même état qu'avant l'aliénation du bien légué, et revenir ainsi sur sa détermination la plus récente ; que dès lors le legs conditionnellement révoqué doive rétroactivement reprendre toute son efficacité. En réalité il n'y a dans tout ceci qu'une pure question d'interprétation de la volonté du testateur ; et c'est pourquoi les jurisconsultes romains n'avaient pas hésité à permettre la preuve de cette intention, comme ils avaient autorisé le légataire à prouver que le testateur qui avait aliéné purement et simplement l'objet du legs n'avait ainsi agi que *necessitate coactus*. Cette démonstration faite, le legs était réputé valable et le bénéficiaire obtenait soit la chose même si l'aliénation avait été révoquée (1), soit dans

1. Ou si la chose était rentrée dans le patrimoine du vendeur testateur *ex nova causa*.

le cas contraire sa valeur (Inst. II, 20, § 12; loi 11, § 12, *De leg.*, 3^o — I., 24, § 1, *De adim. vel transf. leg.*) La même doctrine passa dans notre ancienne jurisprudence. Pour que l'aliénation de la chose révoque tacitement le legs, « il faut, disait Pothier, (*Donat. testam.*, ch. VI, sect. 2, § 2), que le testateur l'ait faite de son plein gré sans que rien l'obligeât à le faire. » Dans ce système outre que la vente à réméré n'emportait pas par elle seule révocation du legs, l'exercice du retrait par le testateur levait tous les doutes qui auraient pu naître et le legs se trouvait alors incontestablement efficace. Notre Code a dans l'article 1038 rejeté formellement cette façon de décider à cause des contestations et des difficultés dont elle était la source, à cause des preuves réciproques auxquelles le légataire et l'héritier devaient recourir; preuves longues, dispendieuses et n'aboutissant le plus souvent qu'au doute (M. Demolombe, XIII, n^o 212). Par une conséquence logique, on a voulu couper court aux procès qui pourraient s'élever sur la recherche de l'intention qui a présidé au retrait, et à celui-ci on n'a pas attribué l'effet de rendre l'existence au legs.

200. — Toutefois on accorde généralement que si dans l'acte de vente à réméré, le testateur a réservé la validité du legs pour le cas où il exercerait le rachat, cette manifestation de volonté doit prévaloir contre l'article 1038. En effet, cette solution n'en viole pas le principe. Notre texte pose une présomption consistant en ce que le testateur, en n'indiquant pas pour quelle raison il vendait à réméré la chose léguée, est réputé avoir voulu révoquer le legs. Que s'il a motivé cette aliénation au contraire, la présomption n'est plus applicable. C'est ce qu'a reconnu l'arrêt de la Cour de cassation du 9 mars 1836 (D. P., 1838, I, p. 64). Si le droit éventuel du légataire n'a pas été réservé lors de la vente, la révocation est absolue et pour faire revivre le legs, le testateur devra une fois que le réméré sera exercé « faire une nouvelle déclaration revêtue des solennités requises par la loi ». (Troplong, IV, n^o 2093, D. P., 1852, I, p. 166). C'est le jeu naturel des principes qui régissent les legs révoqués; cependant M. Demolombe (XXII, n^o 231) conteste cette solution. « Ce n'est pas comme testament, dit-il, que le légataire invoquera la déclaration faite par le vendeur lors du retrait, son titre n'est pas là; il est dans le testament qui a précédé la vente à réméré, et ce n'est que par

voie d'exception et de défense qu'il réplique par l'acte de rachat à l'acte de vente qu'on lui oppose. » Ce raisonnement est plus spécieux que concluant : comment dire que le titre du légataire est dans un testament, lorsque celui-ci a été quant à lui révoqué par vente à réméré. A cela M. Demolombe répond que la déclaration faite lors du retrait enlève à cette vente son caractère révocatoire et restitue au legs sa validité *exceptionis ope*. Une telle décision se serait comprise à Rome sous le système formulaire, mais elle repose sur une distinction entre l'*ipsum jus* et l'*opus exceptionis*, et cette distinction ne peut être transportée dans notre droit. La base même sur laquelle la doctrine que nous combattons s'appuie, en fait ressortir à notre avis l'inexactitude : aujourd'hui on doit retourner la formule de Papinien et pour être dans le vrai il faut dire : *Non de viribus exceptionis quæritur, sed de jure testamenti*.

201. — 2° La rétroactivité du réméré souffre une seconde exception quant aux droits d'enregistrement. On sait que lors de sa passation, le contrat a donné lieu à la perception du droit proportionnel de vente. Le retrait ayant lieu, ce droit ne peut être répété contre le fisc. L'article 60 de la loi du 22 frimaire an VII décide en effet que les droits régulièrement perçus ne sont pas sujets à restitution. Bien plus, l'exercice du réméré donnera lieu à raison de la quittance, à la perception d'un droit d'acte de 0 fr.50 par 100 francs (art. 69, § 2, n° 11).

202. — Mais à un autre point de vue, l'administration admet la rétroactivité du retrait, elle ne le considère pas comme un *novus contractus*, comme une opération translatrice ; aucun droit de mutation n'est donc exigé à raison de ce retrait. Elle a en cela suivi la pratique de l'ancien droit qui l'exemptait du droit de centième denier. (*Sic*, Bosquet, *Dictionnaire des Domaines*, v° *Vente à réméré*.)

De cette doctrine, qui considère le vendeur comme n'ayant jamais abdiqué la propriété du bien, il résulte que si le réméré est exercé par les héritiers de l'aliénateur prédécédé, l'immeuble repris est réputé compris dans sa succession, et l'enregistrement le soumettra au droit de mutation par décès. Mais comme les héritiers ont payé le droit sur les sommes qu'ils ont ensuite affectées au remboursement de l'acheteur, l'administration reconnaît qu'ils ne

devront payer à raison du bien retiré que la différence entre le droit qui serait dû pour ce bien et le droit qu'ils ont déjà acquitté pour les sommes en question. Soit un immeuble valant 120.000 francs et vendu 80.000 francs, le retrait est opéré moyennant 90.000 francs sur lesquels les héritiers ont payé (s'ils sont en ligne directe) un droit de $1/4$ p. 100, soit 225 francs. Au lieu d'exiger de nouveau le droit de 1 p. 100 sur la valeur du bien, soit 1.200 francs, la régie se contentera d'un versement de 975 francs complémentaire du premier versement opéré. Cette solution en implique une seconde également équitable. Si la succession (20.000 francs) est insuffisante pour fournir les sommes (40.000 francs) nécessaires au retrait, l'héritier a dû prendre la différence sur son patrimoine propre. On ne doit alors calculer le droit à payer lors du retrait sur la valeur du bien (50.000 fr.) que déduction faite de la somme fournie personnellement par l'héritier. En l'espèce, il a versé 20.000 francs à lui, il a originairement payé le droit de $1/4$ p. 100 sur les 20.000 francs de la succession, soit 50 francs, le droit sur l'immeuble à 1 p. 100 est de 500 francs. Si l'héritier devait payer le complément (450 francs), on le forcerait ainsi à fournir un droit d'enregistrement excessif puisqu'en somme la moitié seulement de l'immeuble était représentée par le chiffre de la succession. Le versement complémentaire à effectuer par le retrayant ne sera donc que de 200 francs.

203. — Supposons maintenant que l'acheteur à réméré décède pendant le délai, l'immeuble passant à ses héritiers est compris parmi les biens sur lesquels le droit de mutation est dû. Si le réméré est exercé contre les successibles, de deux choses l'une, ou à ce moment le droit de mutation a déjà été payé à raison de l'immeuble, et comme il a été régulièrement perçu, il n'est pas sujet à répétition; — ou bien il n'a pas encore été payé, et alors les héritiers ne le devront pas sur la valeur du bien repris par le retrayant, mais sur les remboursements qui leur ont été faits; le droit ne sera pas celui qui est établi pour les immeubles acquis par succession, mais celui qui est établi pour les valeurs successorales mobilières. Cette solution (bien que contraire à un jugement du tribunal de Bernay, du 30 septembre 1844 et à une décision du ministre des finances du 20 août 1834), se justifie par une raison d'équité qui nous paraît concluante puisqu'elle ne blesse

aucunement les principes de la matière, les droits de mutation n'étant pas acquis au jour du décès. (V. en ce sens M. Garnier, *Dictionnaire*, n° 13878.)

204. — Pour terminer cet aperçu de la législation fiscale, disons que le réméré ne passe pour une condition résolutoire aux yeux de l'administration que si l'acte qui en constate l'exercice a été présenté à l'enregistrement avant l'expiration du délai de retrait. Dans le cas contraire, il sera traité comme constatant une revente au droit de 5 fr. 50 par 100 francs, et bien entendu il ne pourra pas être question de lui attribuer un effet rétroactif.

205. — 3° Nous avons démontré (n° 67 et suiv.) que le vendeur ne pourra invoquer la rétroactivité du retrait pour se prévaloir *ad usucapionem* de la possession interimaire de l'acheteur ; que de même si entre le fonds vendu à réméré et le fonds de l'acheteur il existait au profit du second une servitude en train de se prescrire par non-usage, et si le délai de 30 ans s'était accompli entre la vente et le retrait, le vendeur ne pourra se prévaloir du non-usage forcé qui s'est continué pendant cette période ; que réciproquement, si la servitude appartenait au fonds retiré sur celui de l'acheteur, celui-ci ne pourra se prévaloir contre le retrayant du non-usage qui s'est continué entre la vente et le retrait. — En résumé, les conséquences qu'en fait la confusion a pu produire ne sont pas effacées rétroactivement.

206. — 4° Nous aurons bientôt l'occasion d'indiquer une grave dérogation à l'effet rétroactif du réméré en ce qui touche les baux consentis par l'acheteur à des tiers *pendente conditione* (v. n° 235).

Après ces notions générales sur l'objet de la condition résolutoire contenue dans le réméré, nous allons examiner quelles obligations l'exercice du retrait crée à la charge du vendeur vis-à-vis de l'acheteur et réciproquement.

SECTION II. — OBLIGATIONS DU VENDEUR A RAISON DU RÉMÉRÉ

207. — Le vendeur, pour accomplir le retrait, est d'après notre doctrine tenu de remplir préalablement, de la façon que nous avons indiquée précédemment, certaines obligations qui peuvent se résumer en une seule : payer à l'acheteur ou du moins consigner

après offres réelles, les diverses sommes dont la loi requiert le remboursement.

Les remboursements à effectuer, l'article 1673 les indique ainsi : « Le vendeur qui use du pacte de rachat, doit rembourser non seulement le prix principal, mais encore les frais et loyaux coûts de la vente, les réparations nécessaires et celles qui ont augmenté la valeur du fonds jusqu'à concurrence de cette augmentation. Il ne peut entrer en possession qu'après avoir satisfait à toutes ces obligations. » Etudions successivement les diverses prestations énumérées par la loi.

208. — Art. 1^{er}. Remboursement du prix principal.

C'est l'obligation essentielle du vendeur ; le réméré faisant considérer la vente comme nulle, l'acheteur doit être remboursé de tout ce qu'il avait payé. Cela même nous montre que le prix auquel il a droit est celui qu'avait touché le retrayant et non pas la somme représentative de la valeur qu'avait la chose au moment où le vendeur a voulu en opérer le retrait. A propos de cette égalité du prix de vente et du prix de retrait, nous rappellerons que nous n'avons pas admis (n^{os} 25 et 26) qu'on pût à titre de clause de réméré, assujettir l'acheteur à recevoir moins, ni le vendeur à rendre plus que le prix originaire.

209. — Si le vendeur exerce le retrait contre un tiers acquéreur, c'est ce même prix qu'il devra restituer au retrayé ou à l'acheteur sans se préoccuper de la somme pour laquelle la sous-aliénation a été consentie ; car l'acheteur primitif n'a pu par son fait aggraver ou faciliter les conditions du réméré. Ainsi donc que le prix de revente soit inférieur ou supérieur à celui de la vente originaire, celui-ci sera seul dû (*Sic*, Pothier, n^o 425; Despeisses, titre I, sect. 6, § 7, n^o 6.) Supposons maintenant que l'acheteur à réméré n'ait pas conservé la chose jusqu'au retrait, par exemple, un créancier hypothécaire du vendeur a formé la surenchère du dixième sur les notifications à fin de purge et la chose a été adjugée à un tiers. C'est contre celui-ci qu'aura lieu le réméré, et cela pour le prix fourni par l'acheteur dépossédé, non pour le prix d'adjudication. Il a été décidé en ce sens que le tiers adjudicataire ne pouvait exiger la consignation du prix d'adjudication, comme l'avaient prétendu les créanciers inscrits de

son chef sur l'immeuble sujet à retrait (Dalloz, A, v^o Vente, p. 336, note I, arrêt de Caen du 11 avril 1837).

210. — Dans le prix principal on doit faire rentrer l'indemnité que le vendeur devrait à l'acheteur si celui-ci avait acquitté une charge que lui imposait le contrat. Ainsi, A vend à B un tableau engagé à son créancier C, sous condition que B, outre le prix convenu, payera à C le montant de sa créance; A en retrayant devra, outre le prix, rembourser à B la somme que celui-ci a affectée à désintéresser C; car, dit Pothier (n^o 419), cette charge qui lui a été imposée et qu'il a acquittée, fait partie du prix.

211. — Les termes de l'article 1673, les mots « prix principal » qu'il emploie comme déjà le faisait l'article 1659, montrent clairement, à notre avis, que le vendeur n'a pas à restituer les intérêts que le prix a pu produire entre la vente et le retrait. Ce point ne fait pas de doute pour les auteurs modernes, et la décision est fort juste. Au point de vue de la loi d'abord, car l'article 1673, qui énumère limitativement les remboursements de droit, ne fait pas mention du remboursement des intérêts; l'article 1659 n'en parle pas davantage; or, ces deux textes sont les seuls qui règlent les conditions auxquelles le réméré peut avoir lieu. M. Laurent juge cependant notre doctrine contraire au principe des effets de la condition résolutoire, tel qu'il est formulé par l'article 1183; pour que la vente soit à la lettre, tenue pour inexistante, il faudrait que le vendeur qui est réputé n'avoir pas reçu le prix, fût considéré comme n'en ayant jamais dû toucher les intérêts, et devant les restituer s'il les avait perçus. Par contre, on devrait le tenir pour propriétaire sans discontinuité, il devrait être indemnisé de l'interruption de jouissance qui a profité intérimairement à l'acheteur. — Que telle doive être la solution si l'on n'applique à notre hypothèse que l'article 1183, nous ne le contesterons pas, mais nous soutenons que les articles précités impliquent une dérogation au principe général; on compense les intérêts du prix avec les fruits de la chose. Et cette manière de procéder ne mérite pas les reproches que lui adresse M. Laurent. D'après lui « cette compensation n'est pas seulement contraire aux principes, elle est aussi peu équitable, car il en résulte toujours une certaine inégalité entre les parties contractantes; or, le principe de la résolution exige la plus stricte égalité; dès qu'elle est blessée on ne peut plus

dire que les parties sont replacées au même état où elles étaient avant d'avoir contracté ». A cela nous répondrons que sans doute une certaine inégalité peut se produire, mais elle est grandement compensée par le fait qu'on évitera ainsi une liquidation fort minutieuse et difficile, du moins quant à l'évaluation de la jouissance intérimaire de l'acheteur. Du reste, cette inégalité ne sera pas considérable, car si les intérêts de l'argent sont plus forts que les bénéfices tirés de la jouissance d'un fonds, le prix étant généralement dans les ventes à réméré inférieur à la valeur de la chose, l'écart que l'on redoute sera sensiblement atténué. Du reste, de quoi les parties se plaindraient-elles ? Si l'une d'elles craint de subir un détriment par l'application de notre solution, rien ne l'empêche d'y déroger et de l'écarter par une clause du contrat ; ici, comme presque partout en matière d'obligations, la loi n'a rien d'impératif et les contractants peuvent régler comme ils l'entendent leur situation à l'égard de la jouissance de la chose et du prix pourvu que leurs stipulations ne brisent pas l'égalité qui doit, en fin de compte, régner entre les parties. C'est ce qu'a décidé, dans ses considérants, un arrêt de Bruxelles du 13 octobre 1825 (Pasicrisie, année 1824-1825.) Ajoutons que si le vendeur a été laissé en possession de la chose jusqu'au retrait, comme il ne saurait sans injustice conserver à la fois le bénéfice de la jouissance intérimaire et les intérêts du prix qu'il a reçu, l'acheteur pourra lui réclamer ceux-ci outre le prix principal (*Sic*, Amiens, arrêt du 30 avril 1817 ; D. A., v^o Vente, p. 359, note 2).

212. — Art. 2. **Remboursement des frais et loyaux coûts de la vente.**

Si le contrat eût été définitif, l'acheteur les aurait supportés parce que la vente avait été conclue pour un prix d'autant moindre. Mais il est résoluble, et s'il vient à être anéanti, il serait inique de les laisser à la charge du retrayé, qui n'a retiré en somme de la vente que des ennuis et nul avantage ; d'ailleurs ils sont, comme nous venons de le dire, *pars pretii*, et on peut dire que l'obligation de les rembourser est la conséquence nécessaire de l'obligation de rendre le prix principal.

Que doit-on comprendre sous les termes de frais et loyaux coûts ? D'une façon générale, toutes les dépenses dont la passation du contrat a été l'occasion nécessaire, toutes celles aussi qu'une

clause spéciale avait mises à la charge de l'acheteur. Sous le premier chef nous rangerons le coût de la rédaction de l'acte de vente s'il est notarié, les frais de timbre et d'enregistrement, ainsi que le droit de transcription si la vente est immobilière, si les parties contractantes ont été mises en rapport par l'intermédiaire d'un courtier, le vendeur restituera à l'acheteur les frais de courtage. — Si l'acheteur a purgé les hypothèques qui grevaient la chose, les frais de purge lui devront être remboursés (1). Les frais d'enlèvement de la chose, si elle est meuble, seront également restituables par le retrayant. — Sous le second chef, nous comprenons les épingles et les pots-de-vin stipulés dans le contrat.

Bien entendu, le vendeur ne doit restituer que les frais et loyaux coûts de la vente à réméré elle-même. Si donc l'acheteur avait fait une revente dont le coût excédait celui du contrat primitif, le sous-acquéreur retrayant ne pourra réclamer que ces derniers.

213. — La personne à qui incombent les remboursements dont nous parlons est le vendeur ou (s'il a cédé son droit à un tiers qui exerce le retrait) le cessionnaire; dans ce dernier cas, le fardeau n'en peut être rejeté sur le cédant qui, en lui transmettant ses droits, a entendu en même temps se décharger sur lui de ses obligations corrélatives (Cass., 7 mai 1818).

214. — L'acheteur doit être rendu absolument indemne des frais du contrat; la régie en a tiré une conséquence fort rigoureuse et que la Cour de cassation a confirmée par arrêt du 24 mars 1835. Voici quelle était l'espèce : L'acheteur à réméré a négligé de faire enregistrer son titre dans le délai légal, ou bien il a déclaré l'immeuble pour une valeur inférieure à la véritable; au premier cas il encourt la peine du double droit (art. 38 de la loi de frimaire); au second, un supplément de droit (art. 39). Puis le retrait est exercé. D'après la régie, le vendeur devra rembourser non seulement le droit d'enregistrement régulier, mais aussi les droits supplémentaires que l'acheteur, par son dol ou sa faute, a été contraint de payer. — Solution, à notre avis, bien contestable et qui ne se justifie même pas dans le cas où le vendeur se serait engagé dans le contrat à rendre l'acquéreur totalement indemne, comme cela

1. Certains arrêts et plusieurs auteurs mettent même ces frais *de plano* à la charge du vendeur, quand même il n'exercerait pas plus tard le réméré.

avait eu lieu dans l'espèce. Une telle clause aboutirait à rendre le vendeur responsable des conséquences du dol et de la faute de son acheteur. Pour démontrer qu'un tel résultat est inadmissible, il suffit de se référer à l'article 1628, aux termes duquel la clause de non-garantie en matière de vente n'exempte pas le vendeur de l'obligation d'indemniser l'acheteur de celle qui résulte de son fait personnel : « Toute convention contraire, ajoute ce texte, est nulle. » N'y a-t-il pas entre ce cas et le nôtre une analogie qui commande de les régir tous deux par les mêmes solutions? De même l'article 1640 montre que l'acheteur évincé par sa négligence ou son fait n'a pas droit à garantie. N'en doit-on pas conclure *a pari* que l'acheteur à réméré qui a dû faire à l'occasion de la chose des frais plus considérables que s'il eût été diligent, ne doit avoir droit de ce chef à aucune indemnité?

215. — Il se peut que les parties aient, dans le contrat, restreint les remboursements à faire par le vendeur au prix d'achat. Cette stipulation le libère, à notre sens, de l'obligation d'offrir le remboursement des frais et loyaux coûts sous peine de ne pouvoir exercer le retrait. Mais elle n'emporte pas libération absolue pour lui de la nécessité d'indemniser l'acheteur de ces sortes de déboursés, sinon elle constituerait une sorte de libéralité déguisée.

C'est ainsi que la cour de Bruxelles a décidé que dans l'espèce l'offre du prix de vente seule était par elle-même satisfaisante et valable pour le réméré, que l'acheteur retrayé ne pourrait se refuser à restituer la chose jusqu'au remboursement des frais et loyaux coûts, mais qu'il aurait cependant le droit de les réclamer ensuite par action séparée.

216. — Art. 3. **Remboursement des réparations nécessaires et utiles.**

Ces réparations comprennent d'abord toutes celles qu'en matière immobilière la loi qualifie de grosses réparations dans l'article 606. — En matière de meubles, comme d'immeubles, ce sont encore toutes les réparations sans lesquelles la chose aurait péri ou perdu considérablement de sa valeur. Ainsi un champ vendu à réméré menace d'être emporté par la crue d'un cours d'eau riverain, l'acheteur construit une digue; ce n'est pas là une de ces dépenses qui s'imputent sur les revenus, et qui sont la contre-partie de la jouissance du fonds. La distinction des dépenses nécessaires et d'entre-

tien pourra être fort délicate en fait, mais nous pensons qu'on devra classer parmi ces dernières celles qui se prennent sur les bénéfices de la chose et qui tendent à la maintenir en bon état, sans avoir pour but d'assurer sa conservation immédiate.

L'obligation pour le vendeur de rembourser les dépenses nécessaires est fondée sur cette idée que nul ne doit s'enrichir au détriment d'autrui. Cette règle même démontre qu'il devra les rembourser intégralement quand même il serait prouvé qu'elles pouvaient être moindres. C'est ce que disait Tiraqueau dans l'ancien droit ; c'est aussi l'avis de Duvergier. A moins que la dépense ne soit absolument hors de proportion avec la nécessité à laquelle elle a subvenu, le vendeur ne peut pas se plaindre : « S'il trouve les charges trop onéreuses, dit M. Laurent, il est libre de ne pas exercer le retrait ».

217. — Les dépenses de simple entretien étant à la charge de la jouissance, le vendeur n'en devra pas tenir compte au retrayé (Pothier, n° 423). Il en est autrement de ce que la loi appelle les dépenses utiles, c'est-à-dire celles qui ont procuré une plus-value à la chose. Mais alors le vendeur n'est tenu de rembourser que la plus-value en question. Rien ne prouve en effet que s'il eût conservé la chose, il eût fait les dépenses dont il s'agit, et s'il est juste de lui imposer le remboursement intégral des dépenses nécessaires qu'il aurait été obligé de faire lui-même ; la même décision en matière de dépenses utiles serait singulièrement injuste. Qu'il doive restituer la plus-value qu'elles ont procuré à la chose, rien de mieux sous peine de l'autoriser à s'enrichir aux dépens d'autrui, mais on ne doit pas aller plus loin. Que si par là l'acheteur subit une perte, c'est bien par sa faute : tant que sa propriété était incertaine, la prudence lui conseillait de ne pas exécuter les travaux de simple amélioration. Peut-être même en le faisant, a-t-il été en quelque sorte de mauvaise foi et n'a-t-il eu pour but que d'imposer au vendeur lors de l'exercice du retrait des conditions telles que leur étendue le détournerait et l'empêcherait d'user de son droit. Cette fraude devra réussir si l'on interprète l'article 1673 en ce sens que tous les remboursements qu'il prescrit doivent être effectués par le vendeur qui veut retirer. Telle est bien en effet notre opinion ; mais sans vouloir y apporter aucune restriction, nous croyons pouvoir dire qu'il ne peut appartenir à l'acheteur de

bonne ou mauvaise foi, de rendre pour le vendeur les conditions du retrait plus onéreuses que l'équité ne le comporte. La règle de l'article 1673 sur les dépenses utiles tend à ce que le retrayant ne puisse pas bénéficier sans bourse délier des améliorations apportées par l'acheteur, mais on peut arriver par une autre voie au résultat qu'elle veut atteindre. Le vendeur à réméré, lors d'un contrat, se trouve le plus souvent dans une situation pécuniaire assez critique et si la loi avait entendu exiger de lui avant le retrait le remboursement de toute la plus-value résultant des déboursés de l'acheteur, elle aurait donc mis au réméré un obstacle souvent infranchissable, ce qui se conçoit difficilement. Aussi la cour d'Agen, par arrêt du 28 mars 1860, Sirey, 1860, II, page 167) et plusieurs auteurs (MM. Duvergier, II, n° 48; Massé et Vergé, IV, p. 315, note 16), autorisent le vendeur qui est dans l'impossibilité de fournir l'indemnité de plus-value à exiger que l'acheteur remette le fonds dans son état primitif et enlève à ses frais toutes les améliorations qu'il avait apportées en tant que cet enlèvement ne doit pas dégrader le fonds. En un mot, l'article 555 est applicable avec l'option qu'il confère au propriétaire du fonds : incapable de payer la plus-value, il exigera que les travaux d'où elle résulte soient retirés. L'application de notre texte est ici fort légitime, car au point de vue de sa possession intérimaire, l'acheteur à réméré n'a été qu'un détenteur de mauvaise foi ; en effet il savait que l'immeuble pouvait lui être enlevé plus tard. Peu importe donc qu'en faisant les travaux utiles il ait été de bonne ou de mauvaise foi, car il est constitué possesseur de mauvaise foi par la nature juridique de son titre. C'est d'ailleurs ce qui est communément admis pour le locataire qui a fait des dépenses d'amélioration ; or, quant à sa jouissance de la chose sujette à retrait, l'acheteur est assimilable à un locataire qui l'aurait prise à bail pour un loyer équivalent à l'intérêt annuel du prix de vente. (Marcadé, VI, p. 482).

218. — Quant aux dépenses voluptuaires, l'article 1673 n'en parle pas, et son silence, à défaut des principes d'équité, suffirait à prouver que le retrayant n'en doit pas tenir compte à l'acheteur. Elles ne procurent en effet aucun bénéfice pécuniaire au vendeur, peut-être même n'ont-elles pas à son égard augmenté l'agrément de la chose, si ses goûts ne sont pas ceux de l'acheteur ; et quoi qu'il en soit, rien ne prouve que la chose, étant restée constamment

aux mains du retrayant,, celui-ci les aurait faites. Comme il n'y gagne rien, peu importe que l'acheteur en soit pour ses déboursés; comme pour les dépenses utiles, celui-ci ne doit en accuser que sa propre imprudence. Du reste, si ses travaux se sont traduits par des adjonctions au bien, et que celles-ci puissent être enlevées nous ne lui refuserons pas le droit de les retirer, pourvu que ce faisant, il ne dégrade pas la chose.

Pour compléter cette étude des obligations imposées au vendeur retrayant, il nous reste à examiner la garantie spéciale que la loi confère à l'acheteur pour en obtenir l'exécution. C'est, dit l'article 1673, un droit de rétention.

219. — Art. 4. — **Du droit de rétention de l'acheteur.**

Qu'est-ce que ce droit? Dans un arrêt du 14 janvier 1873 (v. n° 144), la Cour de cassation l'a considéré comme la simple manifestation du droit de propriété qui, malgré l'exercice du réméré subsisterait au profit de l'acheteur jusqu'au remboursement effectif des sommes auxquelles il a droit : d'où cette notable conséquence que l'acheteur restant propriétaire jusque-là, les créanciers chirographaires du vendeur ne pourraient saisir le bien puisqu'il ne fait pas partie du patrimoine de leur débiteur (1). Quant à nous qui avons repoussé la décision de l'arrêt précité, nous pensons au contraire que le droit de l'article 1673 est un droit de rétention ordinaire, et non pas un droit de propriété, que ce droit autorise bien l'acheteur à conserver la détention de la chose vis-à-vis de tous jusqu'à son parfait paiement, mais qu'il n'empêche pas les créanciers du vendeur de saisir la chose et de la faire vendre, l'adjudicataire ne devant entrer en possession que du jour où le vendeur retrayant aura exécuté ses obligations envers l'acheteur retrayé.

Dans les deux doctrines le droit de rétention de l'article 1673 ne saurait être opposé par l'acheteur à ceux des créanciers hypothécaires du vendeur dont le droit était conservé avant la transcription de la vente à réméré; seulement vis-à-vis d'eux il pourra se prévaloir de l'article 2175 à l'effet, s'ils veulent saisir la chose, de se faire rembourser la plus-value résultant de ses dépenses et améliorations.

1. Il en serait de même des créanciers du vendeur dont l'hypothèque n'aurait été inscrite que depuis la transcription de la vente à réméré.

220. — On peut supposer qu'avant d'avoir obtenu satisfaction le retrayé se dessaisisse de la chose. Quelle sera sa position? Dans le système de la Cour de cassation, on devra pour être logique décider qu'étant resté propriétaire il pourra revendiquer le bien pour s'en faire ainsi remettre en possession. Cette solution a cependant été repoussée même par des partisans de l'arrêt de 1873, qui ont été amenés ainsi à condamner implicitement leur théorie sur la nature de notre droit de rétention. (M. Glasson, Thèse de doctorat. p. 119.) Pour nous, et par une suite rationnelle de notre principe sur ce même point, l'acheteur en se dessaisissant de la chose a perdu cette sorte de nantissement particulier qui constituait sa garantie; il n'est plus alors, pour ce qui lui reste dû, qu'un simple créancier chirographaire. En vain dira-t-on qu'en raison le réméré est une véritable revente et confère dès lors au revendeur (acheteur à réméré) un privilège indépendant de toute détention matérielle du bien : le privilège du vendeur. Nous ne reviendrons pas sur la réfutation de cette idée que nous avons déjà repoussée (n° 116). Nous devons donc maintenir notre opinion : le droit de rétention sera définitivement perdu pour l'acheteur le jour où sans en être dépouillé il se dessaisira de la chose. A cela rien d'étonnant : l'abandon qu'il fait de la possession implique renonciation tacite à la garantie dont elle est la base. Une fois réduit à son action personnelle, il courra comme tous les autres créanciers chirographaires les chances d'insolvabilité du vendeur, et si celui-ci tombe en faillite ou en déconfiture, il viendra au marc le franc avec ses créanciers dans la distribution qui s'ouvrira (*Sic*, Merlin, Rép. v° *Prix de créance*, sect. 6, § 5, n° 6, et 6; Troplong, n° 763). — De cette opinion la cour d'Amiens (arrêts du 30 avril 1817 et du 17 juin 1818) a tiré cette conclusion : Le vendeur à réméré ayant été laissé constamment en possession, exerce le réméré, mais il reste encore devoir quelque chose au retrayé; celui-ci ne peut se prévaloir du droit de rétention qui n'existe pas à son profit, il a seulement action pour obtenir, outre l'intégralité des remboursements énoncés à l'article 1673, les intérêts du prix principal pour « lui tenir lieu des fruits du fonds »

L'acheteur à réméré peut avoir été désintéressé au moyen de fonds prêtés au retrayant par un tiers. Celui-ci ayant obtenu de

son emprunteur la subrogation conventionnelle de l'article 1250 2° pourra se prévaloir du droit de rétention contre les mêmes personnes que l'acheteur désintéressé. C'est ce qu'a décidé la Chambre civile par arrêt du 2 décembre 1818, et cette décision est conforme à la manière dont on explique le plus souvent les caractères de la subrogation.

221. — Nous avons vu ce qu'est le droit de rétention, quels sont ses effets, comment il cesse et quelles personnes peuvent s'en prévaloir. Déterminons maintenant à quelles conditions l'acheteur peut l'invoquer. Dans l'ancien droit, Pothier (n° 426) décidait que la rétention n'avait plus de raison d'être aussitôt que le retrayant avait restitué les sommes liquides. Paul de Castro et Tiraqueau la maintenaient au profit du retrayé tant qu'il n'avait pas été remboursé entièrement, même des sommes non liquides lors du retrait. Une troisième opinion soutenue par Despeisses permettait au vendeur de reprendre possession malgré l'acheteur dès qu'il avait remboursé les sommes liquides, mais à condition de fournir caution de restituer les autres. L'article 1673 a reproduit la doctrine de Tiraqueau; le vendeur, dit-il, ne peut rentrer en possession « qu'après avoir satisfait à toutes ces obligations. » En cela il ne peut qu'être approuvé par ceux qui avec nous pensent qu'en matière de retrait non amiable la garantie du remboursement des sommes non encore liquidées lors du retrait est la principale application du droit de rétention de l'acheteur.

SECTION III. — OBLIGATIONS DE L'ACHETEUR A LA SUITE DU RETRAIT

222. — Par l'exercice du réméré, l'acheteur perd toute chance de devenir propriétaire, et la défaillance de la condition suspensive du non-rachat démontre qu'il ne l'a jamais été. Le vendeur peut donc agir en revendication contre lui, sauf à se heurter dans certains cas à son droit de rétention. Restituer la chose, voilà donc la grande obligation du retrayé; il faut donc examiner l'étendue de cette obligation. — En voici d'après nous la formule: l'acheteur doit rendre la chose avec tous les accessoires qui ont pu lui survenir pendant le temps qui a séparé la vente du retrait, dans l'état où elle se trouve à cette dernière époque, non détériorée par sa faute ou son dol.

223. — Art. 1. **Restitution de la chose avec ses accessoires.**

Par une conséquence directe, l'acheteur doit restituer l'alluvion qui se serait adjointe au fonds *pendente conditione*, car, dit l'article 556, l'alluvion profite au propriétaire ; or le vendeur n'a jamais cessé de l'être : il y a donc un droit indéniable. Et cependant cette question avait donné lieu à de graves dissentiments ; Paul de Castro défendait le droit du retrayant, mais Pothier, Fachinée et la majorité des auteurs attribuaient à l'acheteur le bénéfice définitif de l'alluvion. On faisait remarquer en ce sens que l'acheteur courant le risque du réméré, ce bénéfice n'est qu'une juste compensation du dommage qu'il éprouve par suite du retrait. La chose périssant, il aurait subi la perte, car le vendeur n'aurait pas exercé le retrait ; il est donc juste que si elle s'accroît, l'accomplissement du retrait ait pour contre-partie le gain de l'alluvion : *Ubi periculum ibi et lucrum*. (Loi fin. § 3, C. de *Furtis*.) Pothier ajoutait une considération qui prouve que de son temps on n'était pas encore absolument fixé sur la nature du réméré ; d'après lui, le réméré n'entraîne résolution que pour l'avenir ; la vente a subsisté dans le passé avec toutes ses suites ; l'acheteur a donc le droit de conserver les accroissements survenus à la chose au même titre que les fruits et produits dont elle a été la source : ce qu'il doit rendre au vendeur c'est ce qu'il en a reçu, pas davantage. — Ce système est aujourd'hui universellement repoussé ; l'article 1673, en effet, ne laisse plus place à aucun doute. Le réméré accompli constitue une condition rétroactive aux termes de l'article 1183. Ajoutons que l'alluvion étant non pas un bien spécial mais une simple adjonction au fonds sujet à retrait, est soumise à la règle générale : *Accessorium sequitur principale*. Du reste l'acheteur à réméré, en se portant acquéreur, savait qu'il pourrait souffrir plus tard le retrait ; il ne peut donc réclamer de compensation du dommage qu'il en subit. Si même il pouvait en prétendre une, ce n'est certes pas sur l'alluvion, car lors du contrat elle n'existait pas et on ne pouvait prévoir qu'elle se formerait ; il n'a donc pu l'avoir en vue comme devant lui demeurer à titre d'indemnité lors du retrait.

224. — Si, le cas échéant, la question de l'alluvion peut avoir une certaine importance, celle que nous allons indiquer n'a guère

qu'un intérêt doctrinal et se doit trancher comme la précédente, nous n'insisterons donc point. Voici l'espèce dont il s'agit : Pendant le délai de réméré, un trésor est découvert dans le fonds vendu. Le rachat effectué, le vendeur obtiendra la part du propriétaire (Pothier l'attribuait au retrayé par les motifs ci-dessus énoncés), parce qu'il doit bénéficier de cette sorte de présomption que la loi déduit en sa faveur de son droit sur le sol, droit qu'il n'a pas abdiqué en vendant le fonds, puisque la condition qui suspendait le droit de son acquéreur est défaillie. Quant à la part de l'inventeur, à moins que lui-même n'ait découvert le trésor, elle lui échappera toujours, car, quelque soit celui qui ait fait l'invention, fût-ce le retrayé, l'inventeur est un tiers par rapport à la propriété.

225. — On ne saurait voir des accroissements du fonds dans les parcelles de terrain contiguës que l'acheteur a acquises des propriétaires voisins. Seulement, comme le fait remarquer M. Troplong, c'est à lui de faire la preuve des adjonctions, une fois que le retrayant a établi que ce qu'il a vendu et ce qu'il reprend est la chose dans son ensemble; le retrayé devient demandeur en distraction, et à ce titre il doit justifier du bien fondé de sa prétention. Cette assertion avait été contestée dans les rémérés exercés au profit du domaine de l'État, mais elle trouve un appui sérieux dans les solutions données pour des cas analogues : il a toujours été admis que l'emphytéote, le grevé de substitution, le vassal soumis au retrait féodal, s'ils prétendaient avoir fait des adjonctions aux fonds à restituer, devaient prouver que les portions adjointes leur appartenaient en propre (Fusarius, *quæst.* 618, n° 49, *De fidei. substit.* — Pérégrius, art. 54, n°s 22 et 23, p. 327, *Fideicommissis*, etc.). La Cour de Nancy, par arrêt du 1^{er} juin 1832, avait ordonné cependant que le domaine retrayant une terre par lui aliénée devrait prouver que l'ensemble de la terre et séparément toutes ses portions avaient la même provenance. C'était exiger une justification bien difficile et sans raison plausible. Aussi préférons-nous la doctrine de la Cour de Metz (arrêt du 16 janvier 1826) qui a statué en sens contraire en imposant au retrayé qui veut conserver certaines parcelles de la chose la preuve de son droit sur elles.

226. — Au nombre des accessoires restituables par le retrayé

doit-on ranger les fruits que la chose a produits depuis la vente jusqu'au réméré? En principe, non. Cela ressort de ce que la loi confère (implicitement) au vendeur et d'une façon définitive les intérêts produits dans l'entre-temps par le prix qu'il a touché. Les deux solutions sont corrélatives; elles établissent une sorte de compensation conforme à l'intention des parties et à l'esprit de la loi. L'acheteur est en quelque sorte évincé par son vendeur; or l'article 1630 dit qu'au cas d'éviction, le vendeur devra restituer la valeur des fruits, si l'acheteur est obligé de les rendre au propriétaire qui l'évince. Appliquons cette règle à notre hypothèse: Si l'on disait que le vendeur a droit aux fruits, il faudrait ajouter qu'il en doit rendre la valeur, son droit et son obligation doivent donc se neutraliser, et l'acheteur doit retenir les fruits. M. Troplong admet notre décision, mais pour une raison peu soutenable, ce nous semble. D'après lui, l'acheteur était jusqu'au retrait un possesseur de bonne foi; à ce titre, il peut invoquer l'article 549. Pour nous, c'est bien plutôt un possesseur de mauvaise foi, et de cette idée nous avons tiré (n° 217) une importante déduction. Il possède, en vertu d'un titre de propriété purement conditionnel qui, sans doute, n'est pas vicieux, selon l'article 550, mais qui est fort défectueux, puisqu'en somme il n'a qu'une valeur éventuelle. L'acheteur connaît nécessairement l'imperfection et l'incertitude de ce titre; il sait qu'il n'est pas à l'abri d'une dépossession, il n'a donc pas dans la valeur de son titre cette croyance qui constitue la bonne foi en matière de possession de la chose d'autrui.

227. — L'acheteur conservera donc les fruits perçus pendant sa jouissance intérimaire depuis la vente jusqu'au réméré. Mais à qui appartiendront ceux qui à ces deux époques sont encore à percevoir? On peut d'abord mettre hors de doute un cas: celui où il s'agit de fruits civils, ceux-ci se partageront entre le vendeur et l'acheteur en proportion de la partie de l'année pendant laquelle chacun d'eux a eu la jouissance. C'est le cas où A... ayant loué un fonds pour neuf ans, le 1^{er} janvier 1876, le vendeur a réméré le 1^{er} juin 1879 et le rachète le 1^{er} décembre 1882. L'acheteur aura droit, pour la première année, aux 7/12 du prix de fermage, et pour la troisième aux 11/12.

228. — Mais supposons maintenant des fruits naturels pendant lors de la vente ou du rachat. A qui faut-il les attribuer et

dans quelle proportion ? — Pothier (n° 407) a le premier émis cette idée que, lors de la vente, le prix a dû être déterminé en tenant compte des fruits alors pendants et qui étaient destinés à être perçus par l'acheteur. Le prix ayant été élevé en conséquence, si le vendeur devait le restituer sans bénéficier des fruits en question, le retrayé aurait à la fois le prix et la chose, ce que l'équité ne permet pas. Dès lors le vendeur aura droit à la restitution de la valeur de ces fruits. Quant aux fruits pendants lors du retrait, le vendeur seul doit en profiter, sous condition de rembourser les frais des labours et semences. Cette solution déduite implicitement des règles posées par les coutumes d'Orléans et de Paris en matière de fruits, était formellement adoptée par les coutumes d'Auvergne, de Loudunois et de la Marche. Elle avait pour base l'intention vraisemblable des parties qui avaient entendu établir l'égalité entre elles en compensant les fruits par les intérêts. Nous ne l'adopterons pas parce que justement elle ne nous paraît pas satisfaire ce désir. Si en effet une récolte est prête à faire lors du réméré, l'acheteur en serait privé, dans la doctrine de Pothier, au profit du retrayant, qui aurait en outre gagné les intérêts du prix pendant la période durant laquelle la récolte s'est formée ! Ce serait là une singulière égalité.

229. — M. Bugnet a donc proposé un autre système : la condition résolutoire se réalisant, l'administration et la jouissance intérimaire de l'acheteur n'en subsistent pas moins ; il doit donc garder tous les fruits qu'il a perçus, et notamment ceux qui étaient pendants lors de la vente. A l'inverse, il n'a aucun droit sur ceux qui sont sur pied lors du retrait. C'est l'application de l'article 585 Code civ. Il n'y aura lieu d'ailleurs au profit de l'acheteur à aucune indemnité de labours et semence relativement aux fruits pendants lors du réméré, car c'est un cas qu'il a dû prévoir au moment de la vente, il l'a implicitement acceptée et *volenti non fit injuria*. Toute autre solution aboutirait à des estimations compliquées et à une liquidation difficile. Il faudrait comparer en tous cas la valeur des produits de la chose avec les intérêts du prix, et rien ne montre que cette comparaison ait été prévue par les parties ; la loi, dit enfin M. Bugnet, ne semble pas s'être préoccupée de cette éventualité, et rien dans son esprit n'indique qu'elle doive être admise.

230. — MM. Troplong et Duranton jugent également qu'il n'y a pas lieu d'établir une égalité rigoureuse entre les intérêts perçus par le vendeur et la jouissance obtenue par le retrayé. D'où ils concluent que celui-ci obtiendra, sans avoir à fournir aucun retour, les fruits pendants lors de la vente. Mais ils s'éloignent du système de M. Bugnet lorsqu'ils décident que ceux pendants au jour du retrait se partagent entre les parties au prorata de la partie de l'année pendant laquelle chacune aura eu la jouissance, l'année étant réputée commencée au jour anniversaire de la vente. Cette seconde partie de la solution semble peu d'accord avec la première. M. Troplong qui (à tort selon nous) considère l'acheteur à réméré comme un possesseur de bonne foi, devrait en déduire qu'il est sans droit sur les fruits qu'il n'a pas perçus.

231. — Cette doctrine, à nos yeux, se condamne elle-même par son défaut de logique. C'est la théorie de M. Bugnet que nous allons chercher à combattre, car elle va sans hésiter jusqu'aux dernières conséquences de son principe. En la critiquant nous présenterons une autre opinion, selon laquelle l'acheteur a droit aux fruits perçus ou non par lui, en proportion du temps qu'a duré sa jouissance. Si la vente a lieu le 1^{er} juin 1880, et si le 1^{er} décembre 1882 le retrait est exercé, l'acheteur aura droit à deux récoltes complètes, et s'il a recueilli la troisième il devra compte au retrayant de la moitié de sa valeur (1). En somme, nous appliquons pour les fruits naturels la règle que la loi proclame quand il s'agit de fruits civils ; il n'y a aucune raison de l'écarter ; plus que toute autre elle donnera satisfaction à la volonté probable des parties. Sans doute l'évaluation du revenu annuel du fonds, pourra présenter certaines difficultés, mais en somme on pourra toujours l'opérer avec une approximation suffisante, dût-on pour cela s'en référer à la fixation faite au cadastre. Telle était la décision donnée par la coutume de Poitou (art. 367). Elle est aussi corroborée par l'historique de la rédaction du Code civil. Le projet de l'an VIII indiquait la solution de M. Bugnet ; l'article 95 disposait en effet que « lorsque le vendeur fait usage de la faculté de réméré, les fruits pendants par leurs racines lui appartiennent à compter du jour où

1. Si c'est le vendeur qui touchait la troisième, il devrait à l'inverse en indemniser l'acheteur pour moitié.

il a remboursé ou consigné le prix s'il n'y a stipulation contraire. » Le tribunal d'appel de Montpellier s'éleva contre cette disposition en prouvant qu'elle mettait l'acheteur à la merci du vendeur quant à l'acquisition des fruits de la dernière année. Le tribunal d'appel de Lyon proposait à tout le moins d'amender l'article 95, en obligeant dans l'espèce le retrayant à « rembourser les frais de culture à concurrence du temps » depuis lequel les semailles étaient faites. Le tribunal d'appel de Metz disait de l'article 95 : « cette disposition peut légitimer une injuste spéculation. »

Dans le Code, cette règle n'a pas été reproduite, et vraisemblablement les observations des tribunaux d'appel ont dû amener sa suppression. C'est qu'en effet l'article 95 du projet, comme M. Bugnet l'a fait depuis, appliquait à notre cas l'article 585 ; et cette application conduisait aux conséquences les plus iniques : « L'article 585, dit M. Laurent, n'établit pas un principe général, il consacre une solution particulière à l'usufruit et qui s'explique par l'incertitude qui règne sur le moment où l'usufruit viendra à s'éteindre ; il y a chance égale entre le nu propriétaire et l'usufruitier ». Or, cette sorte de compensation établie d'office par la loi entre la première et la dernière année de jouissance est trop hasardeuse, trop souvent démentie par les faits pour qu'on puisse être tenté de l'appliquer hors du cas pour lequel elle a été établie, d'autant que si le plus souvent il ne dépend pas de la partie intéressée de faire cesser à son gré l'usufruit, il dépend de la volonté du vendeur, dans notre hypothèse, d'arrêter par le retrait quand il l'entend, la jouissance de l'acheteur. Pour frustrer celui-ci, il suffirait à l'autre, dans le système que nous combattons, d'exercer le réméré au moment où la récolte serait prête à recueillir ; il l'acquerrait ainsi tout entière sans avoir autre chose à rembourser au retrayé que les frais de semences et labours ! Si une telle solution pouvait prévaloir, on pourrait dire avec M. Colmet de Santerre : « L'acheteur est sûr que le réméré ne sera jamais exercé au lendemain d'une récolte ». Dans notre système, au contraire, aucune fraude ne sera possible, et si quelque difficulté s'élevait relativement à l'évaluation des fruits annuels de la chose, nous avons indiqué une base d'appréciation à laquelle en désespoir de cause on pourra toujours recourir : l'estimation du revenu

de l'immeuble servant à la perception de l'impôt foncier ; estimation généralement trop faible, mais dont l'inexactitude résulte de la faute du vendeur et pourra lui nuire, comme dans d'autres cas elle pourra préjudicier à l'acheteur, ce qui établira une sorte de compensation.

232. — Reste à dire, pour épuiser notre sujet, à quel moment cesse en droit la jouissance de l'acheteur. De la détermination de ce moment dépend la fixation de la quote-part à laquelle il aura droit sur les fruits pendants lors du retrait. S'il s'agit d'un réméré exercé à l'amiable, ce moment sera incontestablement celui où les remboursements auront été faits et acceptés, alors se produira l'effet du rachat, qui fera cesser la jouissance de l'acheteur en faisant aussi défaillir la condition qui suspendait l'existence de sa propriété. Que s'ils s'agit, au contraire, d'un réméré exercé par des voies forcées, il y a controverse sur notre question. Selon Pothier (n° 410), le droit de l'acheteur cesse du jour où des offres réelles lui ont été faites, et ce, indépendamment de toute consignation : si les offres refusées par lui sont ensuite déclarées bonnes et valables, il sera ainsi prouvé qu'il a voulu indûment retarder la remise en possession du vendeur en lui faisant de mauvaises chicanes dont ce dernier ne doit pas souffrir. L'acheteur se verra appliquer la règle : *Is damnum non sentire videtur quod sua culpa sentit*. Tiraqueau professait une autre doctrine, à notre avis, mieux fondée et qu'adoptèrent les coutumes de Poitou (articles 367 et 368), et de Loudunois (chap. xvi, art. 2). Cette dernière, qui consacre un chapitre spécial au retrait conventionnel, s'exprime ainsi : « Et par tel offre fait à découvert, comme dict est, et après les reffus, consignation et dispositions faits de la manière que dict est ; dès lors le vendeur gagne les arrérages qui échuront après et les fruits de la chose immeuble ainsi vendue à grâce de la pouvoir r'avoir. » Et sur cet article, Pierre le Proust fait cette remarque : « Et est à noter que l'offre à découvert qui n'est suivi de consignation actuelle, ne sert à gagner les fruits. » Cette décision se motive ainsi : Jusqu'à la consignation le vendeur continue à jouir du prix dont il reste saisi, et cette jouissance compense celle que l'acheteur retient sur la chose à tort ou à raison, en refusant les offres. Le retard du vendeur à consigner vient encore démontrer qu'à retenir la somme il trouve un avantage, il ne mé-

r te pas que la jouissance de la chose lui revienne par surcroît avant la consignation. Telle est l'opinion de la Cour de cassation dans un arrêt du 14 mai 1870 (1), et un arrêt de Montpellier du 23 novembre 1840 (dans les motifs).

233. — Art. 2. Indemnité due pour les dégradations que la chose a subies par son fait ou sa négligence.

Si la chose a péri en tout ou partie par un cas fortuit ou un accident de force majeure, l'acheteur, en prouvant que telle est la cause de la perte, se dégagera de toute responsabilité sur ce point. Mais comme il était obligé de jouir de la chose et d'en user en bon père de famille, tout manquement à ce devoir se traduisant par une détérioration donne pour le vendeur lieu à une indemnité. Comme créancier conditionnel de la restitution d'un corps certain, celui-ci a dû en effet compter que pendant le délai l'acheteur remplirait son obligation de garder et entretenir la chose. — Les conséquences de cette négligence seront régies par la règle de l'article 1732 relatif aux obligations du locataire. — Pour les dégradations résultant du défaut d'entretien, il en devra également indemnité complète. En sera-t-il de même de celles qui proviennent du manque de grosses réparations ? Nous ne le croyons pas, car les réparations en question ne sont pas à sa charge, puisque, étant propriétaire sous conditions, il avait le droit de ne pas les faire ; et que cette condition s'évanouissant vient montrer qu'il n'a jamais été qu'un simple possesseur et par conséquent qu'il n'a jamais dû faire sur la chose d'autres dépenses que celles qui sont la contre-partie de la jouissance. Ajoutons cependant que s'il ne parvient pas à prouver que les grosses réparations étaient déjà nécessaires lors de son entrée en possession, ou qu'elles le sont devenues pendant sa jouissance à raison de la vétusté ou d'un cas fortuit ; les dégradations auxquelles elles devaient subvenir seront réputées provenir de sa négligence dans l'entretien de la chose et à ce titre il en sera tenu. — Restent les détériorations provenant de son fait actif ; elles seront sans aucun doute à sa charge : telles sont celles qui résulteraient de ce qu'il a changé le

1. Cet arrêt est, croyons-nous, mal motivé en droit, car dans ses attendus il pose en principe que le retrait n'opère résolution de la vente que pour l'avenir.

mode de la jouissance ou la destination de chose par exemple en cultivant en vignes une terre labourable ou en abattant les constructions qui existaient sur le fonds lors de la vente.

234. — Art. 3. Obligations de restituer la chose libre de tous droits de son chef.

Quant aux droits réels que l'acheteur avait assis sur le bien, l'exercice du retrait les anéantit *ipso jure*. Pour les droits personnels qu'il a concédés, il devrait rationnellement en être de même ; cependant l'article 1673 *in fine* décide que : « les baux faits sans fraude » par l'acheteur retrayé ne pourront être méconnus par le retrayant. Cette solution qui applique en somme l'article 1743 pour le cas où le droit du bailleur viendrait à être résolu, n'était pas adoptée dans notre ancien droit, c'est ce qui résulte d'un arrêt du 24 juillet 1637 (*Journal des audiences*, I^{re} liv., 3 chap. XLII.) La loi Emptorem logiquement interprétée, entraînait cette conséquence que si tous les successeurs particuliers d'un bailleur de maisons ou de fonds ruraux pouvaient déposséder le preneur, à plus forte raison celui qui reprenait le bien en vertu d'une condition résolutoire du droit du bailleur pouvait-il agir ainsi. (*Sic* Bretonnier sur Henrys, IV, p. 28.) Cette décision avait prévalu après une controverse mentionnée par Tiraqueau. Le Code adopte la solution contraire ; il ne saurait en être blâmé : l'acheteur à réméré peut n'avoir pas les moyens matériels ou intellectuels d'exploiter la chose par lui-même, pour en jouir il n'a donc qu'une ressource, la donner à bail ; or comment trouverait-il un preneur si celui-ci était sujet à être évincé par le retrayant ? Sous peine d'infirmier le droit intérimaire de l'acheteur, la loi devait donc imposer les baux par lui faits au vendeur qui exerce le retrait. Ce faisant elle répond aux exigences de l'intérêt public qui exige que la production et la mise en valeur des biens soient le plus possible favorisées : pouvant sans crainte bailler pour un assez long terme, l'acheteur trouvera plus facilement des preneurs sérieux que si la durée du bail était limitée au délai de réméré.

235. — La loi n'a pourtant pas voulu que l'acheteur en s'aidant de notre disposition pût frauduleusement par des baux d'une longueur excessive immobiliser la propriété du vendeur qui a opéré le réméré. Mais quand pourra-t-on dire que le bail est frauduleux ? Ceci est une question de fait dont les tribunaux seront

juges souverains : toujours est-il que les articles 1429 et 1430 relatifs aux baux consentis par le mari sur les propres de sa femme ne sauraient être appliqués en ce qui touche la définition du bail excessif en notre matière.

236. — Comment le preneur justifiera-t-il que son bail a été conclu avec l'acheteur avant le réméré? Par la date certaine ou la transcription si le bail est passé pour plus de dix-huit ans.

Pour les baux d'une moindre durée, pas de difficulté s'il y a date certaine. Mais *quid* si le bail, quel qu'en soit le terme, n'a pas reçu date certaine, fera-t-il foi de sa date vis-à-vis du retrayant, sauf preuve de la fraude? Oui, dit-on généralement (V. M. Colmet de Santerre, VII, n° 119 *bis*), car « la loi n'exige pas comme à l'article 1743 que ce bail ait date certaine : les tribunaux apprécieront », le vendeur a confié *pendente conditione* à l'acheteur l'administration et la jouissance de la chose, il y a là un mandat, et l'on sait que la date des actes passés par un mandataire est opposable au mandant qui quant à ces actes n'est pas un tiers au sens de l'article 1328. — Nous repousserons cette opinion : nous venons de voir que si la loi impose au vendeur les baux faits par l'acheteur à réméré, ce n'est pas comme conséquence d'un mandat que ce dernier aurait reçu. Ce mandat, nous le répétons, ne saurait exister; car si le retrayé avait charge d'administrer et d'exercer la jouissance pour le vendeur, comment n'aurait-il droit de la part de celui-ci qu'au remboursement de la plus-value créée par ses dépenses utiles? Ces dépenses ont été faites dans l'exercice de la libre administration de la chose (1). Pour nous, il faut donc décider que le bail dont nous parlons n'est opposable au vendeur que s'il a date certaine antérieure au réméré.

CHAPITRE IX

APPRÉCIATION DE LA VENTE A RÉMÉRÉ AUX POINTS DE VUE JURIDIQUE ET ÉCONOMIQUE

237. — L'utilité civile et économique du réméré a été vivement contestée, et ce non seulement par certains esprits qui sys-

1. Le mandataire en effet a droit d'être remboursé entièrement de ses impenses (art. 1999).

tématiquement attaquent les dispositions de nos codes, mais encore par des auteurs moins passionnés à l'aide d'arguments considérables.

Faisons d'abord justice de certaines objections à notre avis mal fondées dont notre clause a été l'objet : « Une telle institution, dit M. Accollas (*Droit civil*, III, p. 314), est des plus perturbatrices parmi les applications dont est susceptible l'idée de résolution. » Voici ses griefs brièvement résumés : La vente à réméré pouvait avoir son utilité au moyen âge, lorsqu'il existait de grands domaines et qu'on avait le culte des fonds patrimoniaux ; le seigneur embarrassé se faisait prêter par le « juif et le bourgeois » en donnant ses terres en nantissement ; il pouvait ainsi se procurer des fonds sans aliéner ses immeubles et avec l'espoir de les dégager plus tard ; d'autre part cette vente à réméré constituait pour le prêteur un mode de placement toléré par la loi. Comme les autres retraits, le réméré correspondait donc aux nécessités sociales de l'époque ; mais depuis les choses ont bien changé « le juif et les bourgeois, les seigneurs actuels ne tiennent pas à la terre qui immobilise l'argent », ils préfèrent le coffre-fort d'où les capitaux sortent et où ils rentrent à volonté, et en même temps qu'on trouve peu de personnes disposées à vendre à réméré, on en trouve encore bien moins qui soient disposées à acheter ainsi. Quand M. Accollas indique l'utilité ancienne de la clause de réméré, il a raison, bien qu'en la restreignant d'une façon trop évidente dans l'intérêt d'une thèse de droit social que nous n'avons pas à discuter ici, mais nous ne pouvons le suivre quand il accuse le peu d'utilité fourni actuellement par la vente à réméré. Nous montrerons en effet tout à l'heure que cette vente trouve un emploi assez fréquent et pur de toute fraude dans certaines régions de la France. Il voit « une nouvelle preuve du dénûment scientifique et de l'incapacité législative de nos compilateurs » dans l'admission de la vente à rachat par ceux qui prohibent le contrat pignoratif et qui restreignent abusivement la liberté de l'intérêt, et il affirme que notre opération tend toujours en pratique à faire fraude aux règles des articles 2078 et 2088. Nous croyons ces critiques exagérées. D'ailleurs elles aboutissent à ce résultat inattendu : permettre les contrats pignoratifs par respect pour la liberté des conventions ; prohiber le réméré comme

attentatoire aux droits des parties et des tiers. » Il nous semble qu'il y a là un singulier manque de logique. Que devient le respect absolu de la liberté des conventions, ne doit-on plus en admettre l'existence lorsqu'il s'agit d'en faire l'application pour valider la clause de réméré? Le « réméré est attentatoire aux droits des parties et des tiers. » En quoi donc? En insérant la clause, les parties savaient fort bien ce qu'elles faisaient, et quant aux tiers, y a-t-il pour eux dans les effets du retrait un véritable danger qu'ils n'aient pu connaître d'avance, s'ils ont été tant soit peu prudents? Tous ceux qui ont des droits dont la validité est subordonnée à celle du droit même de l'acheteur ont dû en les stipulant consulter le registre des transcriptions ou du moins se faire représenter par leur auteur ses titres de propriété.

238. — Abordons maintenant les objections générales soulevées par l'existence de notre clause (M. Courcelle-Seneuil, *Traité d'économie politique*, t. II, p. 68, M. Glasson).

La première est tirée de ce fait qu'elle facilite l'usure. Les autres sont d'ordre plutôt économique que civil, elles consistent à prétendre que la vente avec clause de rachat rend la propriété incertaine, conduit forcément à un amoindrissement de production, et qu'enfin elle constitue un moyen de crédit trop élémentaire pour ne pouvoir être facilement suppléée par ceux que notre loi consacre.

239. — 1° *La vente à réméré facilite l'usure et déguise avec une facilité intolérable les contrats pignoratifs.*

C'est là, nous l'avouons, un sérieux argument pour prétendre que la faculté de rachat doit être interdite en législation; les dangers qu'il présente à ce double point de vue sont réels. Comme le fait très bien observer M. Bédarride (*Traité du dol et de la fraude*, t. IV n° 1175) : le prêteur peut souvent profiter de l'embarras où se trouve son emprunteur pour se faire nantir d'un immeuble sous forme de vente à réméré; faute de retrait dans le délai nécessairement fort bref, il conservera donc le fonds et comme il l'a acquis généralement à très bas prix, il éludera en même temps et les dispositions légales qui limitent le taux de l'intérêt et celles qui interdisent au créancier de retenir en paiement la chose dont il a été nanti. — Mais, répondons-nous, que peut-on conclure de là? Rien absolument contre la valeur théorique de la vente à réméré. Comme le dit fort bien

l'auteur précité, « le juge aura seulement le devoir d'éclairer l'opération qui lui est dénoncée et de la rétablir dans son vrai caractère et ses effets naturels ». Chardon est plus absolu et prétend que la vente à réméré, est nécessairement usuraire. C'est une exagération que les faits mêmes contredisent. Il y a en France des contrées qui pratiquent couramment cette sorte de vente avec ses caractères légaux et dans sa pureté absolue. Ce sont celles où l'industrie et le commerce se sont peu développés et où la terre est restée la valeur par excellence. Les habitants de ces régions se fient peu aux placements en valeurs fiduciaires, et les ruines financières qui se produisent fréquemment leur font considérer que le meilleur moyen d'employer leurs fonds disponibles est d'en acheter des terres. — Cette manière de faire est d'ailleurs en harmonie avec des usages très anciens et très généraux, tendant tous à maintenir le plus possible dans son intégrité et son individualité le patrimoine foncier de la famille. — Cette idée a dans le Dauphiné par exemple produit une véritable rébellion contre la loi successorale du partage égal, et c'est ainsi que parmi les pères de famille bien peu meurent intestats, et que dans leurs dispositions testamentaires ils attribuent au fils aîné outre sa réserve une sorte de quarte avantageuse de leurs biens ; quarte généralement égale en fait à la quantité disponible et consistant en terres. On conçoit dès lors combien peu ces personnes doivent chercher dans la vente pure et simple un moyen de se procurer les sommes dont elles ont besoin, et combien au contraire la clause de rachat doit être usitée, puisqu'elle donne à l'aliénateur l'espoir de rentrer plus tard dans sa propriété. Et du côté de l'acheteur à réméré, des dispositions de même nature existent ; il n'est pas un spéculateur et un usurier, mais seulement un cultivateur qui cherche à étendre son domaine, et qui dans l'espèce acquiert le fonds dans le but de l'exploiter pour son compte.

Dans une telle opération, peut-être y a-t-il une sorte de prêt, mais aucun des éléments d'un contrat pignoratif ne s'y rencontre : Pas de *relocatio* puisque l'acheteur a pour intention de faire un marché sérieux. Pas de *consuetudo fœnerandi*, puisque voulant jouir du fonds sans pour cela augmenter ses frais généraux d'exploitation ni son matériel, il ne saurait faire des achats à réméré une spéculation habituelle. Quant à la vilité du prix, elle ne se ren-

contre pas non plus. Sans doute le prix fixé est assez bas, mais cet abaissement du prix au-dessous de la valeur vraie de la chose ne contient pas une clause d'usure ; il est en effet naturel qu'achetant pour lui-même et sans intention de spéculation, l'acquéreur veuille se ménager une indemnité de ses soins et des travaux qu'il aurait effectués sur la chose, pour le cas où le retrait viendrait à être exercé. Cet exercice du retrait constitue en effet une sorte d'aléa ; s'il se produit, l'acheteur verra s'évanouir tous les bénéfices dont la chose devait pour lui être la source, la diminution du prix au-dessous de la valeur réelle compense pour lui cette mauvaise chance en même qu'elle rend plus facile au vendeur l'accomplissement du réméré. Tout aussi légitime peut être la vente à réméré de meubles et nous en avons eu de récents exemples. Il y a peu de temps on a poursuivi pour usure des personnes qui prêtaient sur gage avec des clauses pignoratives sous forme de vente à réméré, mais elles avaient pendant longtemps pratiqué ce contrat de la façon la plus légale et ce n'est qu'à raison des délits d'usure, qui à la fin s'étaient glissés dans leurs opérations, qu'une instruction fut ouverte contre elles. En résumé donc, convenons que notre clause de réméré peut couvrir bien souvent des stipulations illicites, mais n'en concluons pas qu'il en est toujours ainsi et ne protestons pas contre la validité de la vente à réméré, puisque, quelque primitif qu'il soit, ce moyen de crédit rend encore de sérieux services.

240. — 2° *La clause de réméré rend la propriété incertaine.*

Cela est vrai et le cas échéant peut produire de graves inconvénients ; mais pourquoi s'en prendre à notre clause seule, lorsque les mêmes désavantages résultent de toute condition résolutoire appliquée à une transmission de propriété ? Pour être logiques, ceux qui invoquent cet argument devraient exiger que toute condition de cette espèce fût nulle. C'est ce qu'ont fort bien compris les législateurs de certains cantons suisses (voir n° 258). Mais pour rationnelle qu'elle soit, une telle décision nous semble bien extrême et pour ce seul motif nous pouvons repousser l'objection que nous venons d'indiquer. D'ailleurs le Code en a tenu compte dans une fort large mesure puisqu'il a limité à cinq années le terme pendant lequel pourrait exister cette incertitude de la propriété.

241. — 3° *La faculté de rachat entrave notablement le développement de la production.* — Faisons d'abord observer que cette ob-

jection n'a pas une portée générale, que tout au moins elle n'a pas grande force lorsque l'objet vendu est un meuble ou une maison. Mais en nous plaçant même sur son terrain le plus solide, est-elle absolument convaincante? Nous ne le pensons pas. Car outre que la loi, en limitant d'une façon très étroite le délai de retrait, a singulièrement affaibli la puissance de l'argument qu'on oppose, nous voyons que garanti par les dispositions de l'article 1673 contre toute perte considérable, l'acquéreur peut donner à l'exploitation de la chose toute l'extension qu'elle comporte. Sans doute il pourra se rencontrer tels cas où malgré tout, il aura pu légitimement immobiliser la chose en ne développant pas la puissance de production qu'elle recèle; mais au point de vue de son intérêt privé, il ne saurait s'en plaindre, car en contractant il devait se préoccuper des conséquences éventuelles de son marché, et quant à l'intérêt public, les dispositions précitées de l'article 1660 ne sont-elles pas un sûr garant qu'il ne sera pas sérieusement lésé?

242 — 4° *La clause de réméré fournit un moyen de crédit trop élémentaire pour ne pouvoir être remplacé par les procédés plus parfaits que la loi a consacrés.* — Cette observation est exacte, en partie, mais elle méconnaît le principe de la liberté des conventions; qu'importe que les parties puissent réaliser par une autre voie le but qu'elles poursuivent par telle ou telle manière, si celle qu'elles emploient ne blesse aucun principe de morale ni de droit positif! C'est affaire à elles de s'y prendre comme elles le veulent. Et d'ailleurs, le procédé plus parfait à coup sûr de l'hypothèque est de ceux qui dans les campagnes effrayent parfois les personnes obérées, outre que, comme nous l'avons montré ci-dessus, il leur est plus facile de trouver un acheteur à réméré qu'un prêteur disposé à se contenter actuellement d'un droit réel sans doute, mais d'une réalisation difficile compliquée et peut-être peu avantageuse.

243. — En somme, la vente à réméré peut être dangereuse, mais les tribunaux ont le plus large pouvoir de rejeter les spéculations illicites qu'elle peut déguiser; les considérations invoquées contre elle n'empêchent pas qu'elle puisse dans certains cas présenter des avantages, et si l'on ajoute à cela que le respect du droit de contracter librement doit ici trouver son application; l'on ne devra pas s'étonner qu'une telle opération ait été reconnue valable par la grande majorité des législations.

L'étude des principaux codes étrangers en cette matière nous semble donc utile pour démontrer ce point, et c'est par là que nous terminerons ce travail sur la faculté de réméré.

APPENDICE

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

§ 1^{er}. — *Grande-Bretagne.*

244. — Le pacte de réméré est admis, mais son fonctionnement se confond avec celui de l'hypothèque ou mort-gage. Le mort-gage est l'engagement d'un immeuble pour sûreté du paiement d'une somme d'argent ; il peut consister soit dans une constitution d'hypothèque, soit dans le transfert de propriété du bien au créancier, sous condition que si l'aliénateur rembourse au terme convenu la somme dont il est débiteur, il rentrera dans la propriété de sa chose. C'est une sorte de vente à réméré, moins le paiement du prix par l'acheteur au vendeur, ce dernier en fait l'ayant déjà reçu avant l'emmortgage, — (Blackston, *Commentaires des lois anglaises*, liv. II, ch. x, n^o 2). La coutume autorise aussi le prêt sur gage avec clause commissaire. A première vue, cela peut étonner étant donné le caractère généralement usuraire et immoral d'une pareille opération. Mais de fait elle ne constitue qu'une vente à terme de réméré indéfini. C'est qu'en effet les tribunaux dérogent à cette décision singulière en accordant à l'emprunteur qui n'a pas remboursé dans le délai fixé par la clause commissaire, le bénéfice du rachat d'équité (*equity of redemption*) ; pour exercer ce rachat, le débiteur doit offrir de rembourser ce qu'il a reçu à titre de prêt avec les intérêts et frais ; à cette condition, il peut sommer le prêteur de lui rendre compte de la chose et de tous les produits qu'elle a donnés entre ses mains. Quant au prêteur, il peut éviter ces offres en prenant les devants et en mettant le débiteur en demeure ou de rembourser ou de consentir à la mise en vente du bien qui, dès lors, subit le même sort que s'il avait été au début grevé d'hypothèque.

Telles sont les solutions contenues dans le statut VII, de Georges II, chapitre xx.

§ 2. — *Suède, Norwège, Danemark.*

245. — La législation suédoise ne fait pas mention spéciale de la vente à réméré.

En Norwège, où le Code de Christian V (1683) forme la base de la législation, il est admis d'après cette loi que la vente à réméré est valable, mais elle n'est pas réglementée d'une façon particulière. Elle est soumise à la volonté des parties dont les stipulations sont fidèlement observées.

Mêmes règles en Danemark où le même Code est en vigueur. Pour être valables envers les tiers, la convention de réméré et la constatation de son exercice doivent préalablement avoir été lues en justice.

§ 3. — *Russie et Pologne russe.*

246. — La validité de la vente à réméré, si elle n'est pas consacrée expressément par un article du Code civil russe, résulte sans difficulté et implicitement des articles 1182 et 1183, qui rangent parmi les conventions qui peuvent facultativement être adjointes à la vente « toutes les clauses licites. »

En Pologne russe, le droit civil étant gouverné par les dispositions du Code français, le réméré est régi par des principes identiques aux nôtres.

§ 4. — *Belgique et Hollande.*

247. — Les deux pays étant régis par notre Code civil, les dispositions de celui-ci relativement à la vente à réméré sont appliquées (Code belge, art. 1659 à 1673 ; Code hollandais, art. 1555 à 1569.

§ 5. — *Droit allemand.*

248. — Il serait trop long d'énumérer ici les diverses législations de l'Allemagne, aussi bien leurs dispositions en notre matière sont elles généralement concordantes.

En droit commun, nos règles sont suivies sauf sur un point. La faculté de réméré ne peut-être opposée aux tiers même quand elle aurait été déclarée dans le contrat par lequel ces tiers acquéreurs ont obtenu leurs droits. Cette disposition doit en fait rendre assez

rares les cas où le retrait s'exerce, et prêter aux fraudes de la part de l'acheteur originaire.

Certains pays allemands observent au sujet de la vente à réméré le Code français : tels sont le grand duché de Berg, celui de Bade ; la Prusse Rhénane, etc. Il en est de même de la Bavière, sauf sur un point important : le droit de réméré peut y être stipulé pour un délai indéfini.

249. — En Prusse, il est aussi déclaré par le Code que le réméré à raison d'une convention expresse ou même de l'esprit du contrat peut être accompli en tout temps sans qu'il puisse y avoir prescription. — La cession du droit de retrait par le vendeur ou son cessionnaire n'est valable que si le tiers qui actuellement possède l'immeuble donne son consentement. — Pour effectuer le retrait, le vendeur doit rembourser les améliorations faites, et les frais extraordinaires de conservation, mais seulement s'ils dépassent le produit donné par la chose en un an. Le pacte de réméré peut être stipulé à la fois au profit des deux parties. Il peut aussi être inséré dans l'intérêt de l'acheteur seul, c'est alors une sorte de *pactum displicentie* romain.

Le prix de rachat peut être stipulé différent du prix de vente ; mais s'il l'excède notablement, il y a présomption d'usure et le contrat tombe tout entier. (V. art. 296 à 328).

§ 6. — Autriche.

250. — La vente des immeubles peut seule être faite sous clause de réméré, et la faculté confère au vendeur un droit personnel intransmissible à ses héritiers. Ce droit n'est d'ailleurs opposable aux tiers qu'après la mention faite sur les registres publics. — La vente à réméré ne peut-être employée pour déguiser un contrat de nantissement avec ou sans pacte comissoire ; si ce déguisement vient à être découvert, le contrat sera traité comme un prêt sur gage ou avec antichrèse.

Au droit de retrait correspond pour l'acheteur le droit de revendre la chose au vendeur dans un certain délai. Ces deux droits peuvent concourir ou bien être stipulés séparément.

251. — A côté de ces deux facultés le Code autrichien réglemente d'une façon assez complète le droit de préférence ou de préemption. Ce droit réservé au vendeur pour le cas où l'acheteur aliénerait la

chose est de lui-même personnel, mais par l'intabulation (transcription) il devient réel. Dans les deux cas cependant, il est incessible et intransmissible. — Quand l'acheteur veut aliéner, il notifie à son vendeur l'exposé des propositions qui lui ont été faites par le tiers qui veut sous-acquérir; dans le jour de cette notification en matière de meubles, dans les trente jours en matière d'immeubles, le vendeur doit exercer son droit de préemption, faute de quoi il en est déchu de plein droit. Si l'acheteur néglige de faire l'offre de préemption, il est tenu de tous les dommages-intérêts envers le vendeur. Celui-ci peut en outre, s'il a rendu son droit réel, revendiquer contre le sous-acquéreur, sauf à celui-ci à se retourner en garantie contre son auteur s'il était lui-même de bonne foi. — Si l'acheteur est sous le coup d'une saisie sur le bien acheté par lui avec droit de préemption, le vendeur doit être convoqué à l'adjudication. — Enfin le vendeur ne peut exercer la préemption qu'en offrant ce même prix qui était offert par le tiers, et en remplissant les conditions accessoires de cette revente, soit en fait, soit par équivalent si elles sont susceptibles d'évaluation pécuniaire.

Nous avons cru devoir présenter cet aperçu du droit de préemption sous le Code autrichien, pour bien montrer les différences fondamentales qui le séparent du droit de réméré. Il y a là une série de règles spéciales d'un grand intérêt; nous aurions voulu pouvoir les commenter avec quelque détail, mais le cadre de cette étude ne s'y prêterait pas facilement; il faut donc nous contenter des courtes observations qui précèdent; et qui suffiront à rendre facile la comparaison de la préemption et du réméré tels qu'ils existent en Autriche.

§ 7. — Roumanie et Serbie.

252. — Le Code roumain de 1864, dans ses articles 1372 à 1388, a reproduit textuellement les dispositions de notre loi en matière de vente à réméré.

Le Code serbe est moins explicite, néanmoins dans l'article 601, il dispose ainsi: « Si le vendeur vend la chose en se réservant le droit de la reprendre en restituant le prix principal, l'acheteur la lui remettra au terme stipulé. Il ne sera pas tenu compte des fruits et revenus perçus non plus que des pertes survenues; la chose sera rendue dans l'état où elle a été reçue. » Cette décision quant aux

fruits a le grand mérite de couper court à toutes les controverses qui en droit français s'élèvent à ce propos ; si elle peut n'être pas absolument équitable, dans tous les cas elle a du moins l'avantage d'une grande simplicité pratique, car elle a pour corrélatif le droit du retrayant à tous les intérêts qu'il a retirés du prix dans l'entre-temps, et par là même aucun règlement de jouissance ne pourra être nécessité par l'exercice du réméré.

§ 8. — *Portugal.*

253.—La vente à réméré (*venda a retro*) fut permise en Portugal par les lois qui précédèrent le Code civil de 1867. Mais ce dernier l'a interdite par l'article 1587 ainsi conçu « Fica prohibido para o futuro o contracto de venda a retro ». Prohibition absolue, mais qui ne doit pas porter atteinte aux droits acquis, aussi l'article 1588 contient une disposition transitoire fort juste, qui règle le sort des ventes de cette nature faites avant la promulgation du nouveau code, elles continuent à valoir, sauf que le délai de retrait, s'il avait été stipulé plus long que quatre ans est réduit à ce terme à compter de la promulgation du code. — Voilà donc une législation qui a jugé nécessaire la suppression de la clause du rachat ; ce qui a décidé le législateur à statuer ainsi, c'est probablement la crainte de voir cacher sous la forme de ventes à réméré des contrats usuraires. Ferreira, *Codigo civil Portuguez annotado*, vol. IV, p. 50 et s.) — On a aussi invoqué les inconvénients qui résultaient de l'incertitude de la propriété pendant le délai du réméré et la rareté de ces sortes de ventes. Ces raisons n'avaient cependant pas paru déterminantes aux rédacteurs du projet de code, qui avaient maintenu la vente à réméré en matière d'immeubles, en fixant à quatre ans le délai maximum de retrait (art. 1592 à 1609). Le même projet posait sur l'attribution au vendeur et à l'acheteur des fruits pendant lors de la vente, et lors du réméré des règles qui sont insérées dans le Code Mexicain, où nous les retrouverons bientôt. (Projecto redigido por A. de Seabra.)

§ 9. — *Espagne.*

254. — La législation espagnole sanctionne d'une façon très large les retraits en matière de vente. Outre le retrait lignager admis au profit des proches parents du vendeur, nous rencontrons le retrait conventionnel (*retracto convencional*) dont l'insertion est permise

dans les ventes mobilières ou immobilières (*venta a carta de gracia*). — Le vendeur ne peut l'exercer que contre l'acheteur et ses héritiers. Cependant la clause de réméré est opposable même aux tiers, si elle est constatée dans l'acte de vente immobilière et publiée par le fait de l'inscription de cet acte sur les registres de propriété (Loi hypothécaire, art. 2 et 37). Quant à la durée du droit de retrait, elle varie selon les conventions intervenues entre les parties ; si un délai déterminé a été stipulé, son expiration entraînera de plein droit la déchéance du vendeur ; si l'on n'a pas fixé de terme, il sera de vingt ans, durée des actions personnelles. Si le contrat porte que le vendeur pourra retirer quand il le voudra en remboursant le prix, le tribunal suprême, par décision du 12 mai 1875, a jugé que le délai n'excéderait pas cependant vingt ans.

A coté du réméré, la loi espagnole admet deux retraits légaux, que nous retrouverons dans la loi du canton suisse de Fribourg, et qu'ont adoptés plusieurs codes de l'Amérique du Sud : le premier donne le droit au propriétaire éminent ou utile d'acquérir le domaine utile ou éminent qui lui manque en remboursant à l'acheteur de ce domaine son prix d'acquisition. Le second permet à un communiste d'exercer le retrait contre l'acheteur de l'autre portion indivise (*retracto de comuneros*). L'un cesse quand l'acquéreur a fait inscrire son titre sur les registres publics ; cette formalité laisse subsister le second.

256 — Dans le droit civil aragonais, l'action de réméré peut durer jusqu'à trente ans.

En droit catalan, le retrayant ne doit pas compte au retrayé de la plus-value résultant des dépenses utiles, s'il est prouvé que l'acheteur en les effectuant a voulu rendre inaccessible au vendeur la réalisation du retrait (art. 3150).

§ 10. — Suisse.

257. — Les lois de divers cantons sont muettes en notre matière (Lucerne, Thurgovie, Untervalden, Schaffouse, Glaris, Saint-Gall, Zurich, Solcure).

Dans le canton de *Genève*, le Code civil reproduit les dispositions du Code français sans aucun changement. Il en est de même dans le *Valais*, sauf une différence, le retrayant n'est tenu d'entretenir les baux faits sans fraude par l'acheteur que s'ils n'excèdent le

terme de trois ans (art. 1415). — Telle est aussi la législation du *Tessin* (art 790 à 803).

258. — *Vaud*. Le code pose des règles très différentes selon que le réméré est stipulé dans une vente mobilière ou dans une vente immobilière. Au premier cas (art. 1118), la clause est valable, mais jamais le meuble (corporel ou non) ne peut être revendiqué par le vendeur contre un tiers acquéreur de bonne foi (art. 1188), sauf au retrayé à fournir au vendeur originaire des dommages-intérêts. Au deuxième cas, la clause est nulle par application du principe général de l'article 1117, ainsi conçu : « La vente d'un immeuble ne peut être faite sous aucune condition suspensive non plus que sous clause de réméré sous peine de nullité. »

259. — *Fribourg*. Le code de ce canton n'admet pas de retrait conventionnel d'immeubles. Mais il reconnaît l'existence de deux sortes de retraits d'immeubles : l'un légal, exercé par une personne autre que le vendeur et dans certaines ventes volontaires ; l'autre conventionnel, exercé par le vendeur même, ressemblant beaucoup au réméré mais supposant qu'il s'agit de ventes forcées. — Le premier cas comprend deux espèces : la première est celle d'un retrait de communistes (voir n° 255), la seconde suppose également une indivision soit existante, soit terminée par un partage en nature, et ayant pour objet un bâtiment ; si le propriétaire d'une portion divise ou non la vend, les propriétaires des autres portions peuvent exercer le retrait contre l'acquéreur.

Passons au second retrait, le seul conventionnel : il ne peut être stipulé que dans les ventes par subhastation et par saisie, et suppose qu'il s'agit d'immeubles ; le vendeur exproprié a pour retraire un délai d'un an, ou même de deux, si le montant des dettes pour lesquelles il a été saisi dépasse 2.000 francs. Le retrait ou rédemption doit se faire sur l'ensemble des biens expropriés contre remboursement de la créance du saisissant en capital, intérêts et frais. Le retrayant doit en outre offrir de rembourser les dépenses d'entretien et de conservation. Cela suffit si l'immeuble a été adjugé au créancier. Si au contraire il a été ~~vendu~~ à un tiers, l'exploit de rédemption doit contenir l'offre de rembourser comptant son prix d'achat avec les intérêts et les dépenses dont nous venons de parler. — Le retrayé, quel qu'il soit, doit compte au retrayant des fruits qu'il a perçus à l'occasion de la chose. — Pendant le délai de rédi-

mation, le possesseur de l'immeuble ne peut y faire aucune innovation importante, sans la permission du juge ou celle du débiteur exproprié (Art. 98 à 108 de la loi sur les poursuites juridiques pour dettes).

261. — *Neuchâtel* (art 1304 à 1310). Le Code reproduit les règles du droit français sauf les modifications suivantes : le délai maximum est de trois ans. — Le réméré ne peut être stipulé dans les ventes immobilières ; sauf convention contraire, l'action en réméré est indivisible, quel que soit le nombre des vendeurs, et doit être exercée pour le tout.

262. — *Grisons*. Le Code édicte les mêmes dispositions que le nôtre sur la vente à réméré, sauf certaines dérogations : le délai légal de retrait est de vingt-cinq ans ; cette faculté ne passe pas aux héritiers du vendeur à moins d'une clause formelle. Enfin, d'après l'article 409, il n'est opposable aux tiers que s'ils ont connu l'existence du droit de retrait par l'acte qui leur a conféré leur droit.

263. — *Argovie*. Le retrait conventionnel (Rückkauf) est prohibé ainsi que tous les autres retraits sans distinguer entre les ventes de meubles et d'immeubles. Mais la nullité du pacte de rachat ne porte pas atteinte à la validité de la vente à laquelle il est adjoint. Il est à remarquer incidemment que la même prohibition s'applique au retrait successoral (Nacherrecht), voir art. 674).

264. — *Bâle*. Le Code de Bâle admet la vente à réméré avec certains correctifs spéciaux (art 400 à 405). Ainsi, après que le vendeur a fait le dépôt du prix à rembourser, l'acheteur peut encore refuser de restituer la chose, s'il a des causes légitimes de se soustraire au retrait. Les règles sur la divisibilité de l'exercice du réméré reproduisent les nôtres, sauf que l'article 403 décide que l'un de plusieurs covendeurs peut rémérer pour le tout si ses covendeurs y consentent, « car sans leur assentissement, l'acheteur n'est point tenu d'accorder le rachat, à moins que le rachat n'ait été limité à un temps déterminé et que ce temps soit près d'expirer ». Ce texte montre implicitement qu'il n'y a pas de délai légal de réméré. Pour nous, d'ailleurs, il ne consacre aucune dérogation à notre article 1670, si ce n'est dans l'exception qu'il pose *in fine* au principe inscrit dans ses premiers mots.

L'article 405 décide, comme on le fait généralement en France,

que les accroissements survenus à la chose pendant la possession de l'acheteur profitent au retrayant.

265. — *Berne* (art. 815 à 819). Le réméré n'est applicable qu'aux ventes d'immeubles ; le délai légal maximum est de dix ans : le vendeur et ses héritiers ou encore ses créanciers, s'il tombe en faillite, peuvent seuls l'exercer ; si les parties n'ont pas fixé de terme de rachat, la faculté ne dure qu'un an depuis la délivrance faite à l'acheteur. La clause n'est opposable aux tiers que si elle est formellement inscrite dans l'acte de vente.

§ 11. — *Italie.*

266. — Avant que l'unité italienne n'ait été faite au point de vue des lois comme au point de vue politique, divers codes étaient en vigueur dans les divers royaumes ; à Parme, notre code était textuellement reproduit en matière de réméré.

En Piémont, les règles du Code Albertin s'inspiraient de celles du Code français sur notre sujet ; elles en différaient par trois points : sur le refus de ses covendeurs d'exercer avec lui le réméré, l'autre pouvait l'exercer seul et pour le tout. — Le terme légal maximum était de cinq ans (art. 1666), mais avant son expiration le vendeur pouvait en demander la prorogation au tribunal ; celui-ci, après avoir entendu sommairement le vendeur et eu égard à la modicité du prix ou à d'autres justes motifs, pouvait accorder un nouveau délai. Ce délai ne pouvait d'ailleurs excéder la moitié du délai primitif, ni être accordé pour plus d'un an à partir de l'époque à laquelle ce dernier aurait dû expirer. Une seconde demande de prorogation n'était pas admise. Enfin les baux faits par l'acheteur ne liaient le retrayant que s'ils ne dépassaient pas trois ans. (V. Ferrarotti. *Codice civile italiano*, X, p. 279).

Mêmes règles dans la législation du duché de Modène, seulement la prorogation ne peut étendre le délai originaire que de trois mois au plus en outre du terme légal de cinq ans.

267. — Après de vives discussions (1), le nouveau Code civil ita-

1. Le projet ministériel admettait le retrait conventionnel et suivait en cette matière le texte du Code français de point en point.

La commission sénatoriale rejeta cette manière de voir et supprima le paragraphe du projet qui y était consacré. On invoqua dans la discussion, à l'encontre de l'adoption de la clause de réméré, les considérations suivantes :

lien a reproduit sur le pacte de réméré les règles de notre droit avec cette différence que, pour être opposables au retrayant, les baux faits par le retrayé doivent ne pas excéder trois ans. De plus, l'article 1525 évitant la faute commise par l'article 1670 du Code français, décide que si les cohéritiers du vendeur ne s'étendent pas pour effectuer le retrait total contre l'acheteur qui le requiert; ceux qui le désirent ont le droit de l'exercer pour le tout, sans qu'il leur faille tenir compte des protestations des autres. Enfin l'article 1517 porte que le terme fixé est péremptoire et ne peut être prorogé. Les mots « *d'all autorità giudiziaria* » qui le terminaient dans le projet ministériel furent supprimés afin d'éviter qu'on en tirât un argument *a contrario* pour autoriser la prorogation stipulée *inter partes*.

1° Ce moyen de crédit est absolument élémentaire, il n'a eu d'importance qu'avant l'établissement du régime hypothécaire et son maintien n'a été qu'un anachronisme. 2° S'il est vrai que le propriétaire doit être laissé libre de disposer de sa chose comme il l'entend, il faut dire cependant que la clause de réméré est un obstacle à la libre circulation des biens, aux progrès de l'agriculture et au développement du crédit. — 3° Une vieille et constante expérience démontre que la vente à réméré sert à déguiser souvent des marchés usuraires; sans doute quand le vice s'y révèle par des signes extrinsèques, on peut l'annuler, mais bien souvent la rapacité immorale des usuriers sait inventer des procédés d'apparence innocente. Le législateur ne doit pas respecter ce contrat « *proteiforme* ». Sans doute la nouvelle loi italienne ne met pas de limite au taux des intérêts conventionnels, mais on ne peut invoquer cette règle pour innocenter les simulations cachées dans les ventes à rachat, car en laissant absolument libre la stipulation d'intérêts, le législateur n'a pas entendu supprimer les correctifs et les précautions, il veut que ces conventions soient passées par écrit; ainsi l'opinion publique est en mesure de les apprécier comme elles le méritent, et cette forme contribue puissamment à contenir la cupidité des usuriers.

Permettre le pacte de rachat, ce serait permettre de tourner la loi, puisque les ventes peuvent être passées verbalement, et que dès lors on pourrait sous cette forme stipuler des intérêts sans écrit.

Lors de la discussion parlementaire, beaucoup protestèrent contre la suppression de la clause de réméré, et devant cette attitude de la Chambre, le ministère renvoya la question à la commission législative, où elle fut sérieusement étudiée.

M. Chiesi se déclare partisan de l'abrogation de la clause dont l'effet est de mettre pour ainsi dire la chose hors du commerce, pendant le délai de retrait, l'acheteur ne devant pas obtenir de crédit hypothécaire sur un bien qu'aucun créancier ne voudra considérer comme une garantie suffisante. M. de Foresta

§ 12. — *Les Ioniennes.*

268. — La loi admet largement le droit de réméré, cependant le délai pour l'exercer ne peut dépasser trois ans à partir de la vente, et si celle-ci n'a pas été transcrite ayant la revente qui est faite par l'acheteur, la clause ne pourra être opposée au tiers acquéreur. Le Code ionien réglemeute aussi le pacte de préférence et le distingué du pacte de retrait.

§ 13. — *Droit musulman général.*

269. — La jurisprudence mahométane (*Ilne Fikih*) dans la théorie des contrats (*Ekudot*) s'occupe de la vente (*Tedjoret*) sans traiter spé-

rappelle que tous les avantages de la clause se trouvent réunis dans la constitution d'hypothèque. « On a proposé, dit-il, la réduction du délai de réméré à trois ans, mieux vaut la suppression absolue ; sans doute cela porte atteinte à la liberté des conventions, mais dans un intérêt de morale publique et d'intérêt général. »

M. Precerutti opine au contraire pour le maintien, il montre combien peu logique est la solution adverse qui préconise l'abolition dans l'intérêt de la libre circulation des biens, tout en admettant que les parties peuvent adjoindre à la vente des conditions résolutoires autres que celle des rémérés : or ces conditions sont tout aussi défavorables à l'intérêt des tiers et à la liberté de la propriété.

Si on les permet, pourquoi interdire la faculté de rachat ?

M. Niotla confirme cette opinion et fait observer que la faible durée du délai de retrait rend bien peu grave l'entrave que la clause apporte à la libre circulation.

M. Pisanelli ajoute qu'il ne faut pas, dans l'étude de la question, apporter la passion avec laquelle elle a été discutée dans la commission sénatoriale ; réduits à leur valeur vraie les arguments présentés pour ou contre le pacte de réméré perdent singulièrement de leur force apparente. Rien ne motive sa suppression. Des observations émises par les deux premiers orateurs il résulte qu'il sera peu fréquent, dès lors pourquoi l'interdire ? — D'ailleurs en fait la clause sera consignée par écrit pour que la preuve en soit plus facile ; l'objection tirée de ce que, malgré la liberté de l'intérêt conventionnel, elle abriterait impunément des stipulations blâmables, se trouve ainsi bien affaiblie, tandis que les avantages qu'elle procure au vendeur plaident pour son maintien.

Après quelques mots de M. Cassinis, en faveur de cette opinion, la commission, par 6 voix contre 4, supprime la disposition de l'article 1481, qui défendait d'établir un pacte de rachat, et rétablit les articles du projet ministériel qui en posaient les règles. (V. *Riforma del Codice civile processi verbali della commissione*, p. 430 é seg. — Foschini, *I Motivi del Codice civile*, p. 560 é seg. — Ferrarotti, *op. cit.* X, p. 282 é seg.)

cialement du pacte de réméré. Ses décisions ne concordent pas toujours fort bien entre elles. Ainsi après avoir classé parmi les stipulations illégales le pacte par lequel le vendeur se réserverait de reprendre la chose si l'acheteur venait à la revendre; ce qui cadre fort bien avec ce principe que la vente fait partie des contrats irrévocables (*ek de lazim*); elle admet le « *chior scherut* » ou droit de se désister du contrat en vertu d'une convention expresse par laquelle les parties se sont réciproquement réservé ce droit; s'il est invoqué dans le délai fixé, la vente se trouve annulée. C'est là une sorte de réméré, mais outre qu'il est ouvert aux deux contractants, il n'est réputé licite que quand l'objet de la vente a une grande valeur.

270. — Dans le Code musulman de Khalil (rite malékite usité en Algérie et en Kabylie), on trouve certaines règles concernant le pacte de retrait. D'abord, dans les ventes de choses fongibles, les parties peuvent se réserver le droit réciproque de rompre le contrat, chacune restituant ce qu'elle a reçu de l'autre; mais c'est plutôt là un dédit qu'un réméré. Celui-ci semble être prohibé en vertu de cette règle que « est illicite, en raison des abus fréquents qui peuvent en résulter, toute combinaison suspecte de déguiser un prêt sous la forme d'une vente ou d'aboutir à un avantage usuraire. » Cependant, les textes prévoient certains cas de réméré dans l'hypothèse de ventes à terme, il peut alors s'opérer de deux façons, ou bien pour le prix convenu lors de la vente en y ajoutant un objet déterminé à la même époque; ou pour un prix moindre si le vendeur avait, après le contrat, accordé à l'acheteur un plus long terme pour le paiement de son prix.

§ 14. — *Droit ottoman.*

271. — Le Code civil de 1872 a notablement modifié en notre matière les principes du droit mahométan général. Le pacte de réméré (*beï ul wafa*) est toujours permis à condition qu'il soit stipulé réciproque. Ni l'acheteur ni le vendeur ne peuvent vendre à des tiers la chose sujette à retrait. En tant qu'elle frappe l'acheteur, cette prohibition vient, dit l'article 148, de l'assimilation de la vente à réméré au gage; assimilation bizarre, car elle suppose que la vente à réméré implique nécessairement une simulation, et alors pourquoi l'autoriser? Il n'y a pas de délai fixé pour l'exercice du retrait; quand les parties meurent, leur droit de retrait passe à

leurs héritiers (art. 402). Il s'éteint par la perte totale de la chose, si sa valeur était égale, lors de cette perte, au prix de vente. Si sa valeur était moindre, l'acheteur peut invoquer son droit pour se faire rembourser la différence. Si sa valeur était inférieure, c'est au contraire le vendeur qui aura le droit d'exiger le remboursement de la différence qui existe à son profit, si la perte résulte du fait de l'acheteur ou de sa faute. Si elle a été fortuite, au contraire, il n'aura plus aucun droit (art. 399 à 401).

§ 15. — *Egypte.*

272. — Le Code de 1875 distingue deux sortes de vente à réméré, l'une qui déguise un prêt sur nantissement et qui est assujettie aux règles de ce contrat (art. 241 et 242), l'autre qui contient une aliénation. Pour les distinguer, l'article 423 donne un critérium : « Dans le doute, dit-il, la présomption est en faveur d'une vente simulée si le prix est payé comptant ou compensé avec une dette antérieure, ou bien s'il est stipulé remboursable avec intérêts, ou enfin si la chose reste en la possession du vendeur à un titre quelconque ; dans tout autre cas la vente sera réputée sérieuse, sauf la preuve contraire qui pourra être faite même à l'encontre des termes employés dans la convention. » Si la clause de rachat est stipulée par acte séparé, elle ne constituera pas une promesse de revente conditionnelle le retrait exercé sera bien une condition résolutoire, mais elle ne rétroagira qu'au jour où est intervenue la clause en question (art. 425). Le terme de retrait ne peut excéder deux ans. Toute prorogation au delà de ce délai fait du pacte une promesse unilatérale de vente (art. 426 et 428).

Pour le reste de la matière, le Code égyptien suit le nôtre. Cependant il décide formellement que le remboursement des dépenses utiles faites par l'acheteur ne lui sera dû que s'il n'en a pas fait avec exagération. Et ses baux ne lieront le retrayant que s'ils ne dépassent pas trois ans.

§ 16. — *États-Unis.*

273. — Les Codes des divers États n'offrent guère de renseignements sur notre matière. Les auteurs se conforment aux règles adoptées en Angleterre, et confondent la vente à réméré avec le mort-gage (V. n° 244), bien que quelques-uns l'en distinguent au point de vue de sa nature.

§ 17. — *Mexique.*

274. — Le Code (art. 3035 à 3055) reproduit généralement la théorie française, sauf les modifications suivantes : le retrayant doit entretenir les baux faits de bonne foi par l'acheteur, s'ils n'excèdent pas la durée fixée par les usages locaux. Les articles 3058 et 3055 règlent formellement l'attribution des fruits pendants lors de la vente et du retrait. Les premiers sont acquis à l'acheteur, les seconds au retrayant (application de notre art. 588 C. civ.). S'il en existe lors du retrait, alors qu'au temps de la vente aucuns n'étaient pendants, ces fruits se partageront entre les parties au prorata du temps de leur possession pendant la dernière année ; cette année commence à courir du jour anniversaire de la passation de la vente.

§ 18. — *Guatémala et Haïti.*

275. — Le Code du Guatémala (art. 1619 à 1630) diffère du nôtre au sujet du droit de réméré sur les points suivants : le délai maximum est d'un an. Le retrait est opposable aux tiers acquéreurs si la clause a été inscrite en même temps que la vente originaire sur les registres publics. Passivement et activement, l'exercice du retrait est indivisible. Cependant, si plusieurs copropriétaires ont vendu séparément chacun sa part indivise à réméré, chacun aussi peut exercer son droit de retrait indépendamment des autres.

Le Code civil haïtien reproduit les règles du nôtre sans aucune modification.

§ 19. — *Brésil et Bolivie.*

276. — Le réméré peut être exercé au Brésil moyennant restitution du prix de vente ou, s'il y a convention à cet effet, en remboursant une somme autre ; jusqu'à ce remboursement, l'acheteur fait siens tous les fruits et produits qu'il perçoit à l'occasion de la chose (*Consolidacao das leis civis*, page 358, art. 551 et 552).

Quant au Code bolivien, il reproduit le nôtre à propos du réméré. Une seule différence : les baux passés par l'acheteur ne sont obligatoires pour le retrayant que s'ils ne dépassent pas cinq ans.

§ 20. — *Pérou et Chili.*

277. — Le Code péruvien (art. 1448 à 1459) fixe à trois ans la durée maxima du droit de réméré. Le retrait atteint les tiers quand même l'acheteur ne les aurait pas prévenus de sa possibilité, à condition qu'avant la transcription de leurs titres ait eu lieu celle

de la vente originaire et en même temps de la clause de rachat. L'exercice du retrait est indivisible aux points de vue actif et passif.

Dans le droit du Chili (art. 1881 à 1886), l'identité du prix de rachat et du prix de vente n'est pas exigée. Il doit être restitué au retrayé les dépenses nécessaires; quant aux dépenses voluptuaires et utiles, il n'en peut réclamer le remboursement que si le vendeur les avait autorisées. Le droit de retrait est incessible. Le vendeur doit l'exercer dans les quatre ans. Dans ce délai il lui faut, à peine de déchéance, avertir l'acheteur; après cet avis, ce dernier conserve encore la chose six mois ou quinze jours selon qu'il s'agit d'immeubles ou de meubles. Quant aux fruits pendant lors du retrait, si l'acheteur a fait les travaux nécessaires à leur production, il aura le droit de les percevoir.

§ 21. — *Uruguay.*

278. — Pour exercer le réméré, le vendeur doit à défaut de clauses spéciales, rembourser à l'acheteur le prix de vente primitif (art. 1709). Les autres dispositions du code non calquées sur celles du nôtre sont les suivantes : 1° Les effets du retrait sont singulièrement amoindris par la décision de l'article 1613 : *El pacto de retroventa en sus efectos contra terceros se sujeta à lo dispuesto en el articulo 1391*. Or l'article 1391 porte que la condition résolutoire n'a pas d'effet contre les tiers acquéreurs de bonne foi, que l'objet du contrat résolu soit meuble ou immeuble. 2° Le retrayant ne doit le remboursement des dépenses utiles ou voluptuaires que s'il les a autorisées. 3° Les fruits perçus par l'acheteur se compensent avec les intérêts produits par le prix aux mains du vendeur. 4° La durée du droit de rachat ne peut excéder trois ans; dans ce délai, le vendeur devra notifier son intention à l'acheteur qui depuis l'offre pourra conserver la chose pendant quatre-vingt-dix jours ou quinze selon qu'elle est immeuble ou non. 5° Si la chose donne des fruits périodiques, mais ne les produit qu'à raison des travaux exécutés par le retrayé, celui-ci ne sera tenu de rendre la chose qu'après avoir perçu ces fruits (art. 1715). — 6° Enfin aucun texte n'impose au vendeur l'obligation d'entretenir les baux faits par l'acheteur.

§ 22. — *Japon.*

279. — Le Code civil japonais n'est encore qu'à l'état de projet. Néanmoins dans la partie de ce projet qui a déjà été publiée, cer-

tains articles laissent supposer que la vente à réméré sera admise, peut-être sous certaines modifications. L'article 445 (liv. II) dit « qu'il sera traité au livre III, chapitre de la vente, des conditions suspensives ou résolutoires potestatives spécialement usitées dans ce contrat. » Et commentant cet article, le savant auteur du projet, M. Boissonnade, énumère brièvement ces conditions et cite parmi elles la condition résultant du pacte de réméré. Il ajoute : « On verra s'il y a lieu, au Japon, de maintenir le délai de cinq ans ou de le réduire. » (V. *Projet de Code civil pour l'empire du Japon*, liv. II, 2^e partie, p. 424 et s. — Édition de Tokio, 1882.)

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. Le fils de famille qui, devenu *sui juris*, rembourse partiellement la somme qui lui avait été prêtée contrairement au sénatus-consulte Macédonien, ne peut être poursuivi pour le reste (n^{os} 112 à 115).

II. Le fidéjusseur qui s'est engagé sur le mandat du fils de famille emprunteur, dont il connaît la condition, n'a aucun recours contre lui s'il vient à payer le prêteur (n^{os} 120 et 121).

III. Le fils de famille, mineur de vingt-cinq ans, qui emprunte avec l'assentiment du père de famille, peut obtenir la *restitutio in integrum* (nonobstant le sens apparent de la loi 3, § 4, D., *De minoribus*).

IV. Le fils en puissance pouvait même avant Justinien être soumis à l'action *judicati* et à l'emprisonnement (n^o 4, note 2).

V. Le § 266 des *Fragm. Vat.* ne donne la *condictio indebiti* au donateur qui a exécuté une donation faite *ultra modum legis Cinciae* que s'il l'a exécutée par erreur.

VI. La péremption d'instance des *judicia imperio continentia* ne continua d'exister sous l'Empire que dans les provinces du peuple (Loi 13, § 1, D.-II-1, et 49, § 1, D.-V-1).

DROIT CIVIL FRANÇAIS

I. L'acheteur à réméré peut purger (n^{os} 95 et suiv.)

II. L'exercice du réméré exige des offres réelles suivies de consignation (n^{os} 150 et suiv.).

III. Le cessionnaire du droit de retrait ne peut, s'il l'exerce, oppo-

ser aucun privilège aux créanciers hypothécaires du vendeur postérieurs à la vente (n^{os} 110-114 et suiv.)

IV. La demande en restitution du bien réméré n'est pas soumise à la formalité du préliminaire de conciliation (n^o 148).

V. La convention de prorogation du délai de réméré déjà expiré ne constitue qu'une promesse unilatérale de vente (n^o 127).

VI. Faite au contraire avant l'expiration du délai originaire, la clause de prorogation n'empêche pas que la reprise du bien ne constitue un véritable réméré si d'ailleurs elle a lieu dans les cinq ans de la vente (n^{os} 128 et suiv.).

VII. Les fruits naturels pendants lors de la vente et du retrait se partagent comme fruits civils entre le vendeur et l'acheteur, sans application possible de l'article 585, C. civ. (n^{os} 228 à 232).

VIII. La vente à réméré annulée comme pignorative subsiste comme prêt sur nantissement (n^{os} 53 à 57).

IX. Si deux donations faites successivement, de sommes payables au décès du donateur, excèdent l'actif héréditaire, l'héritier bénéficiaire devra les payer au marc le franc.

X. L'attribution sans réserve au survivant par une clause du contrat de mariage de la communauté universelle stipulée, constitue une donation et non une simple convention entre associés.

XI. L'héritier bénéficiaire adjudicataire d'un immeuble héréditaire ne peut pas purger.

DROIT INTERNATIONAL

I. Le Français domicilié en Alsace-Lorraine lors de l'annexion sans être originaire de cette province, a conservé sa nationalité sans avoir dû remplir les conditions d'option déterminées par le traité de Francfort.

II. Le Français qui, né en Belgique, a pendant sa 22^e année réclamé la nationalité belge (art. 9 Cod. civ.) doit être considéré en France comme devenu étranger depuis sa réclamation, quand même il aurait été inscrit auparavant sur les listes de recrutement.

DROIT CONSTITUTIONNEL

I. Le congrès, en statuant sur des articles non visés par les résolutions concordantes des deux Chambres, pour arriver à leur révision, ne viole pas la Constitution.

II. La Constitution ne permet pas de reculer au delà de trois mois les élections qui suivent la dissolution de la Chambre des députés.

DROIT CRIMINEL

I. La soustraction frauduleuse par l'héritier d'un objet dépendant de la succession non encore partagée constitue un vol.

II. L'escroquerie reste punissable quand même la victime n'a été dupée que par suite de son imprudence.

III. La cour d'assises est incompétente pour prononcer la mise en liberté provisoire de l'accusé, quand l'affaire est renvoyée à une session ultérieure.

Vu par le Doyen,

CH. BEUDANT.

Vu par le Président,

DUVERGER.

Vu et permis d'imprimer :

Le vice-recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

	Pages
CHAPITRE I. — Exposition historique. But du sénatus-consulte Macédonien.....	1
CHAPITRE II. — Etendue de la prohibition du sénatus-consulte.....	10
SECTION I. — A quels actes elle s'applique.....	10
SECTION II. — A quelles personnes elle s'applique.....	18
§ I. — A qui est-il défendu de prêter.....	18
§ II. — A qui est-il défendu d'emprunter.....	19
CHAPITRE III. — Des cas dans lesquels le Sct. cesse de s'appliquer..	28
SECTION I. — Le fils emprunteur est tenu et l'est seul.....	29
§ I. — Il a des biens personnels.....	29
§ II. — Il emprunte en se faisant passer pour père de famille..	31
§ III. — Devenu <i>sui juris</i> , il ratifie le prêt.....	32
SECTION II. — Le fils est tenu <i>in solidum</i> et le père <i>in rem verso</i> ..	33
§ I. — L'emprunteur emploie l'argent à doter une personne soumise à la puissance du même père de famille que lui....	33
§ II. — L'argent emprunté subvient à des dépenses nécessaires.....	35
§ III. — L'argent emprunté sert à désintéresser un créancier du père de famille	36
SECTION III. — Le fils est tenu <i>in solidum</i> et le père de <i>peculio</i> ...	37
§ I. — Le prêteur croyait l'emprunteur <i>sui juris</i>	37
§ II. — Le prêteur était mineur de vingt-cinq ans.....	44
SECTION IV. — Le fils emprunteur et son père sont tous deux tenus <i>in solidum</i>	46

	Pages
§ I Adhésion du père préalablement au prêt.....	46
§ II Adhésion concomitante.....	48
§ III Assentiment postérieur.....	49
SECTION V. — Le prêt n'oblige qu'une tierce personne.....	53
CHAPITRE IV. — De quelle manière la prohibition du sénatus-consulte doit être opposée.....	54
SECTION I. — Sous quelle forme se donne le secours du <i>Sct.</i>	54
SECTION II. — Contre quelles actions prévaut l'exception du <i>Sct.</i> Macédocien.....	57
SECTION III. — Etude de l'exception du <i>Sct.</i> Macédonien.....	58
CHAPITRE V. — De la situation des divers intéressés dans un prêt contraire au <i>Sct.</i> Macédonien et des effets dont ce prêt est susceptible.....	62
SECTION I. — Situation du père de famille de l'emprunteur.....	62
SECTION II. — Situation du fils de famille emprunteur et obligation naturelle qui résulte pour lui du prêt.....	67
§ I L'emprunteur est encore en puissance.....	68
§ II L'emprunteur est devenu <i>sui juris</i>	70
SECTION III. — Situation des personnes qui ont accédé au prêt..	75
§ I Situation des fidéjusseurs qui se sont engagés pendant que l'emprunteur était en puissance.....	76
§ II Situation des fidéjusseurs qui se sont engagés une fois l'emprunteur sorti de puissance.....	79
CHAPITRE VI. — Du sénatus-consulte Macédonien dans l'ancien droit français. Conclusion..	79
Table des textes.....	

DROIT FRANÇAIS.

	Pages
NOTIONS GÉNÉRALES.....	1
CHAPITRE I ^{er} . — Historique du pacte de réméré.....	2
SECTION I. — Législations hindoue et hébraïque.....	2
SECTION II. — Législations grecque et romaine.....	3
SECTION III. — Ancien droit français. — Transition au droit actuel.	7
CHAPITRE II. — Nature et caractères du droit de réméré.....	14
SECTION I. — Le pacte de réméré contient une condition résolutoire.....	14

	Pages
SECTION II. — La clause de réméré est l'accessoire d'un contrat de vente.....	16
Art. 1. — Du consentement des parties.....	17
Art. 2. — De la capacité des parties.....	17
Art. 3. — De l'objet de la clause de réméré.....	20
Art. 4. — Des modalités de la vente à réméré.....	23
Art. 5. — De la transmissibilité du droit de réméré.....	23
CHAPITRE III. — Distinction de la vente à réméré d'avec diverses opérations analogues.....	25
SECTION I. — Du pacte de préférence.....	25
SECTION II. — Du report.....	27
SECTION III. — Du contrat pignoratif.....	31
SECTION IV. — De la vente suivie d'une promesse unilatérale de revente faite au vendeur pour le cas où il rembourserait à l'acheteur le prix payé par celui-ci.....	45
CHAPITRE IV. — Situation des parties pendant le délai de réméré..	46
SECTION I. — Observations générales.....	46
SECTION II. — Condition de l'acheteur.....	47
Art. 1. — Droit d'administration.....	47
Art. 2. — Droit résultant de la possession.....	50
Art. 3. — Droit de disposition.....	56
SECTION III. — Condition du vendeur.....	56
SECTION IV. — Condition des créanciers du vendeur.....	65
Art. 1. — Créanciers quelconques.....	66
Art. 2. — Créanciers hypothécaires antérieurs à la vente.....	72
Art. 3. — Créanciers hypothécaires postérieurs à la vente....	84
SECTION V. — Conflit des droits du cessionnaire du vendeur avec les créanciers hypothécaires de ce dernier, après l'exercice du réméré.....	85
CHAPITRE V. — Du délai pendant lequel le réméré peut être exercé.	91
SECTION I. — Théorie de la loi sur le délai de réméré.....	91
SECTION II. — Théorie des prorogations de délai.....	94
Art. 1. — Prorogation après la péremption du délai primitif.	95
Art. 2. — Prorogation faite au cours du délai primitif.....	96
Art. 3. — De la validité des conventions de prorogation.....	99
CHAPITRE VI. — Conditions et mode d'exercice du réméré.	102
SECTION I. — Exercice amiable.....	102
SECTION II. — Exercice forcé.....	102
Art. 1. — Il faut aller à la bourse.....	104
Art. 2. — Il faut aller à la course.....	112
Art. 3. — La demande en restitution de la chose n'est par soumise au préliminaire de conciliation.....	118

	Pages
SECTION III. — Des personnes contre lesquelles le réméré peut être exercé	119
SECTION IV. — De la divisibilité de l'exercice du réméré.....	122
Art. 1. — Vente à réméré d'une part indivise, la chose venant à être licitée avant le retrait.....	122
Art. 2. — De la divisibilité active de l'exercice du retrait.....	127
Art. 3. — De la divisibilité passive de l'exercice du retrait...	134
SECTION V. — Renonciation au droit de réméré et déchéance de ce droit.....	136
Art. 1. — Renonciation.....	136
Art. 2. — Déchéance.....	137
Art. 3. — Effets de la renonciation et de la déchéance.....	139
CHAPITRE VII. — Rôle de la transcription en matière de vente à réméré.....	140
CHAPITRE VIII. — Effets de l'exercice du réméré.....	146
SECTION I. — Théorie générale des effets du réméré.....	146
SECTION II. — Obligations du vendeur à raison du réméré.....	151
Art. 1. — Remboursement du prix principal.....	152
Art. 2. — Restitution des frais et loyaux coûts de la vente..	154
Art. 3. — Remboursement des dépenses nécessaires et utiles.	151
Art. 4. — Droit de rétention de l'acheteur.....	159
SECTION III. — Obligations de l'acheteur à la suite du retrait....	161
Art. 1. — Restitution de la chose et de ses accessoires.....	162
Art. 2. — Indemnité pour les dégradations.....	169
Art. 3. — Obligation de rendre la chose libre de tous droits de son chef.....	170
CHAPITRE IX. — Appréciation juridique et économique de la vente à réméré	176
APPENDICE. — Législations étrangères.....	177

ERRATA

DROIT ROMAIN

- Page 63. — Ligne 7, au lieu de : loi 1, C., IV., 3 — lire : loi 1. C., IV. 12.
 — Ligne 8, au lieu de : *si fidei* — lire : *si non fidei*.
 — Ligne 16, au lieu de : loi 1, C., IV, 3 — lire : loi 1, C., IV., 13.
 Page 71. — Ligne 8, au lieu de : fait par le mineur — lire : fait au mineur.
 Page 77. — Ligne 24, au lieu de : loi 12, § 3, D. — lire : loi 12, § 13.
 Page 83. — Col. 1, ligne 30, au lieu de : loi 12, § 3 — lire : loi 12, § 13.
 — 83 — Col. 2, ligne 26, au lieu de : liv. IV — lire : liv. IV, tit. XIII.

DROIT FRANÇAIS

- Page 35. — Lignes 9 et 10, au lieu de : l'aliénation d'un bien-fonds à charge de rente — lire : l'affectation d'un bien-fonds au service de la rente.
 Page 36. — Note 1, ligne 1, après « prix vil » — ajouter : et réciproquement.

Imp. de la Soc. de Typ. — NOISSETTE, 8, r. Campagne-Première. Paris.

